

MANUELA TALLÃO

A GARANTIA DA VEDAÇÃO DA PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL

CURITIBA

2003

MANUELA TALLÃO

A GARANTIA DA VEDAÇÃO DA PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL

Monografia apresentada ao Núcleo de Monografias do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Eroulths Cortiano Junior

CURITIBA

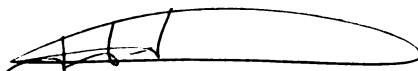
2003

TERMO DE APROVAÇÃO


MANUELA TALLÃO

A GARANTIA DA VEDAÇÃO DA PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL

Monografia aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



Orientador: Prof. Dr. Eroulths Cortiano Junior
Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR



Prof. Dr. José Antônio Peres Gediel
Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR



Prof. Sérgio Seleme
Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR

Curitiba, 22 de outubro de 2003

Dedico esse trabalho aos meus pais,
Walter Statter e Nancy Maria Tallão,
grandes responsáveis por muito do que
sou.

SUMÁRIO

RESUMO	v
1 INTRODUÇÃO	1
2 PRISÃO CIVIL	3
2.1 Conceito e natureza jurídica.....	3
2.2 Inevitável analogia com a prisão criminal.....	4
3 A PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO.....	8
3.1 A norma constitucional do art. 5º, LXVII e seu caráter garantístico.....	8
3.2 O alcance da expressão "por dívida"	10
3.3 O conceito constitucional da expressão "depositário infiel"	15
4 A PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL E OS TRATADOS INTERNACIONAIS	23
4.1 Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e Pacto de San José da Costa Rica: apresentação do tema	23
4.2 O processo de formação dos tratados no Direito brasileiro.....	25
4.3 A situação dos tratados internacionais diante das normas internas brasileiras ..	28
4.4 O <i>status</i> constitucional dos tratados que consagram direitos e garantias.....	32
5. A GARANTIA DA VEDAÇÃO DA PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL...	38
5.1 A realidade do não-cabimento do aprisionamento civil de todo e qualquer depositário infiel.....	38
5.2 O novo Código Civil: inconstitucionalidade do art. 652	41
5.3 A Comissão Interamericana de Direitos Humanos como alternativa última diante do não-reconhecimento da garantia na ordem interna	44
6 CONCLUSÃO	46
REFERÊNCIAS.....	48

RESUMO

A prisão civil, coerção pessoal distinta da pena criminal, tem disciplina constitucional no art. 5º, LXVII da Constituição brasileira de 1988, que plasma a garantia individual da vedação da prisão civil por descumprimento de dever jurídico (“dívida”). O depositário infiel – excepcionado da garantia constitucional juntamente com o devedor inescusável de obrigação alimentícia – veio posteriormente a adquirir a garantia de não ser preso civilmente, como consequência da incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro do Pacto de San José da Costa Rica, que tem *status* constitucional. Logo, tornou-se inconcebível no Direito pátrio o encarceramento de qualquer depositário infiel por inadimplemento de seu dever. Essa orientação, no entanto, não tem guarida nos tribunais pátrios, mormente no Supremo Tribunal, que não reconhece aos tratados internacionais a prerrogativa de complementar o rol de direitos e garantias constitucionais, o que gera intenso debate. Porém, o entendimento do Pretório Excelso não é unânime. A doutrina e a jurisprudência sensibilizadas com a causa dos Direitos Humanos, invocando princípios constitucionais, reforçam a impossibilidade da coerção pessoal do depositário infiel. Nesse panorama, em nada influenciaria o advento do novo Código Civil, que renovou o dispositivo do Código Civil de 1916, autorizativo da prisão do depositário infiel. O depositário cuja liberdade se queira cercear, se não encontrar proteção nos órgãos jurisdicionais brasileiros, tem ainda a via da Comissão Interamericana de Direitos Humanos a fim fazer valer a normativa internacional e, de consequência, seu direito de liberdade.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tem a pretensão de reunir criticamente o que se tem desenvolvido nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial acerca do tema da prisão civil do depositário infiel, com o escopo central de demonstrar a inviabilidade da aplicação da medida coercitiva a todo e qualquer depositário infiel. Para tanto, será necessário navegar pela norma constitucional insculpida no art. 5º, inciso LXVII e parágrafos da Constituição brasileira de 1988, além de visitar normas internacionais plasmadas em tratados celebrados pelo Brasil e normas infraconstitucionais brasileiras que cuidam do tema, sempre tendo por norte os princípios da dignidade da pessoa humana e da prevalência dos direitos humanos, consagrados constitucionalmente.

O debate que circunda o tema não é novo, porém, não deixa de ser atual. A Constituição em vigor tem década e meia de vida, não obstante, é ineficaz em muitos de seus dispositivos. Tratados internacionais que estabelecem direitos e garantias ao indivíduo são vistos como seres extraterrenos que devem se sujeitar à vontade do legislador ordinário. O patrimônio conserva seu poder supremo mesmo diante de uma sociedade que tem por pilar a dignidade da pessoa humana. A soberania do Estado, conceito cada vez mais relativizado diante de uma ordem mundial globalizada, persiste sendo invocada como se o mundo houvesse estacionado no século XVI. Os tempos mudam, mas os pensamentos permanecem. Constituições se sucedem e os juristas não se apercebem que o advento de cada uma delas constituiu uma nova sociedade, e que valores válidos na sociedade do passado podem não ter mais valia na nova sociedade. O desconhecimento e a não compreensão do novo prende o intérprete no antigo, que lhe era seguro. Não tendo se apercebido do “acontecer constituinte”, fala do Direito e sobre o Direito a partir de seu “desde-já-sempre”, o “já-sempre-sabido” sobre o Direito, enfim, como o Direito “sempre-tem-sido” (Lênio Luiz Streck¹).

Esse modo antiquado e inautêntico de se ver o Direito preocupa especialmente quando quem dele se vale é a Corte responsável por proclamar o que é válido e inválido diante da Constituição em vigor. No que tange à prisão civil do

¹ STRECK, L. L. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 265-270.

depositário infiel, o Supremo Tribunal Federal insiste em reproduzir entendimento que veio à lume na década de 70, no auge do regime militar, como se em nada houvesse sido alterada a sociedade brasileira. A pretexto de salvaguardar a Constituição, incompreensivelmente menospreza seus princípios fundantes. Despreza o valor dos tratados internacionais que versam sobre Direitos Humanos e acoberta atentados a garantias por parte do legislador infraconstitucional.

Neste contexto, aflora-se a importância de tratar o tema da prisão civil do depositário infiel sob uma ótica crítica e em consonância com a nova ordem constitucional e internacional, sem descuidar da necessidade de uma visão sistemática da matéria.

O primeiro passo a ser dado tem por fim localizar o instituto da prisão civil, quando se destacará a inevitável analogia entre a figura do Direito Civil e o encarceramento penal, bem como as injustiças que decorrem do reconhecimento da diferença.

Em um segundo momento, será enfocada a permissão constitucional da constrição da liberdade do infiel depositário, ressaltando-se o caráter garantístico de que se reveste a norma do art. 5º, inciso LXVII da Constituição brasileira e buscando o verdadeiro alcance da garantia instituída.

Na sequência, ciente de que o tema não se esgota no texto constitucional propriamente dito, serão trabalhados os efeitos da incorporação ao direito pátrio de dois tratados internacionais instituidores de direitos e garantias: o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto de San José da Costa Rica. Neste ponto será possível vislumbrar com clareza o grande conservadorismo que permeia o Supremo Tribunal Federal no trato dos tratados internacionais.

Ao cabo da pesquisa, procurar-se-á demonstrar de que forma todos os aspectos trabalhados não de contribuir para a construção de uma garantia constitucional em favor do depositário infiel que o livre de toda e qualquer ameaça de constrição de um de seus mais importantes bens, que é a liberdade.

2. PRISÃO CIVIL

2.1 Conceito e natureza jurídica

A prisão civil é figura típica do Direito Privado. Consiste em um instrumento jurisdicional de coercibilidade que se vale da restrição da liberdade individual com o fim último de compelir o devedor a cumprir um dever jurídico. Segrega-se o indivíduo para que este, sedento por reaver seu direito de livremente ir e vir, satisfaça alguma prestação, de cunho no mais das vezes meramente econômico.

Eduardo Talamini² a insere como exemplo do que se denomina “execução indireta”, ou seja, uso de mecanismos destinados a pressionar psicologicamente o devedor a fim de que ele mesmo satisfaça um dever. Através da prisão civil, estar-se-ia ameaçando o devedor com o escopo de que ele, por ato próprio, cumprisse a prestação devida.

Neste ínterim, ressalta-se que a prisão civil teria natureza jurídica de meio coercitivo para a concretização das decisões jurisdicionais (Eduardo Talamini³) ou, em última análise, para o cumprimento de um dever jurídico.

A natureza jurídica da prisão civil, no entanto, não foi sempre a que hoje se tem. Como bem lembra Álvaro Villaça de Azevedo, invocando lições de Luigi Mattiolo⁴, o arresto civil percorreu historicamente três estágios principais. Inicialmente, era vista como servidão humana: o devedor se tornava servo do credor, devendo então trabalhar com sua família para este até que restasse quitada a dívida. Em um segundo momento, teria caráter de mera pena imposta ao devedor pela quebra da promessa de pagamento. Por fim, o arresto tomou o contorno de simples experiência de solvabilidade do devedor, meio de provocar o devedor “a despojar-se de seus derradeiros bens móveis e imóveis, a fazer apelo à caridade de parentes e de amigos, para evitar o dano e a ignomínia do cárcere”.

² TALAMINI, E. Prisão civil e penal e “execução indireta”. **Revista de Processo**, [s.l.], ano 23, n. 92, p. 37, out./dez. 1998.

³ *Idem*, *ibidem*.

⁴ MATTILOLO, L. **Trattato di diritto giudiziario civile italiano**. 5. ed. Torino: Utet, 1832, v. 6. p. 820-821.

2.2 Inevitável analogia com a prisão criminal

A prisão civil é ato de constrangimento pessoal autorizado por lei que não se confunde com a prisão decorrente da prática de ilícito criminal. Seus escopos são distintos. Na prisão civil, segundo Amílcar de Castro⁵, “prende-se o executado, não para puni-lo, como se criminoso fosse, mas para forçá-lo indiretamente a pagar, supondo-se que tenha meios de cumprir a obrigação e queira evitar sua prisão, ou readquirir sua liberdade.” Não é pena, a razão do encarceramento não é a prática delituosa. Não há o escopo imediato de ressocialização ou a idéia de punição ínsitos à pena cominada no âmbito do Direito Penal. É, em última análise, apenas meio compulsório de obter o cumprimento de determinado dever⁶.

Não obstante, se na visão do Direito as prisões civil e criminal são institutos diferentes, forçoso é reconhecer que, perante o indivíduo, o reflexo é idêntico. Ambas importam necessário cerceamento da liberdade, o que para o sujeito passivo da medida – seja ele criminoso, seja ele depositário infiel ou devedor de alimentos – tem o mesmo significado, já que a violência empreendida é a mesma. Como bem acentua Valério de Oliveira Mazzuoli⁷, “apesar de a prisão civil não visar diretamente a pena, tem ela, entretanto, um *sabor* de pena, na medida em que, para o sujeito passivo, mesmo que indiretamente, o gosto que tem a restrição de sua liberdade é o de verdadeira retribuição ao prejuízo tomado pelo credor.”⁸ (itálico no original)

⁵ CASTRO, A. de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 1974. p. 376.

⁶ Assim tem decidido o Supremo Tribunal Federal: “A prisão civil, embora medida privativa da liberdade de locomoção física do depositário infiel, não tem conotação penal, pois a sua única finalidade consiste em compelir o devedor a satisfazer obrigação que somente a ele compete executar. O instituto da prisão civil – por revestir-se de finalidade jurídica específica – não ostenta o caráter de pena, eis que a sua imposição não pressupõe, necessariamente, a prática de ilícito penal. Precedentes” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ordem indeferida. HC n. 71038-MG. Jorge Moisés Junior e outro e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Celso de Mello. 15 mar. 1994. DJ 13 mai. 1994, p. 11339.)

⁷ MAZZUOLI, V. de O. **Prisão Civil por Dívida e o Pacto de San José da Costa Rica**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 62.

⁸ De maneira análoga, o pensamento de Silvana Sampaio Arguelho: “Todavia, em que pese os esforços para destituir o caráter punitivo da prisão civil por dívida, não é dado desconsiderar que o limiar desta cisão é muito tênue, a partir do momento em que a natureza coativa do ato traz em si uma situação expiatória inerente, posto que impõe como consequência do descumprimento da obrigação a restrição à liberdade de locomoção do indivíduo, tanto mais pela circunstância de que por outros meios legais previstos em nosso estatuto processual civil, o mesmo objeto de quitação da dívida poderia ser logrado.” (ARGUELHO, S. S. A Incorporação dos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos ao Direito Brasileiro: A questão da prisão do depositário infiel. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 9, n. 34, p. 109, abr.jun./2001)

Aliás, urge ressaltar, a prisão civil traz muito mais prejuízos ao indivíduo. Porque não é pena, a jurisprudência lhe nega obediência a princípios mínimos que norteiam a privação da liberdade, como a individualização executória e o regime de cumprimento.

Em um momento histórico em que o cárcere é encarado como a *ultima ratio* do Direito Penal, diante da clara degradação do sistema prisional e de seu indubitável poder de ofensa à dignidade humana, soa incompreensível o descaso para com o tema da prisão civil. Se no âmbito penal a liberdade já é por demais resguardada, com maior razão ainda deveria o ser na seara civil. A liberdade – maior bem da vida – deveria sempre se sobrepor ao patrimônio, mormente no campo do direito privado, quando ausente o interesse público que legitima o direito do Estado de prender alguém. Afinal, “presente a vida, a liberdade é o primeiro pressuposto da dignidade da pessoa humana”⁹. Ademais, a prisão civil é prática odiosa abolida de há muito dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, cuja tônica é a de que o patrimônio do devedor é que deve responder por suas obrigações, sendo inadmissível que o próprio corpo sirva como garantia de adimplemento¹⁰.

No entanto, segue corrente no cotidiano dos tribunais a aplicação da medida coercitiva, às vezes nem ao menos sendo relevado seu caráter excepcional, que reclama o esgotamento prévio das vias possíveis a satisfazer a pretensão do credor. Da mesma sorte, são poucos os magistrados que se atentam que a imposição da medida deve exigir prévio requerimento do interessado e a decretam de ofício¹¹. O

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ordem deferida. HC n. 12547-DF. William David Ferreira e Desembargador relator do habeas corpus 20000020010410 do Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. 01 jun. 2000. DJ 12 fev. 2001, p. 115.

¹⁰ Anota Valério de Oliveira Mazzuoli que na Itália a prisão civil por dívida desapareceu completamente com a nova legislação de 1942. Na Alemanha, bem como na Áustria, tal medida já havia desaparecido em 1868; na Bélgica, assim como na França, desapareceu um pouco mais tarde, em 1871 (MAZZUOLI, p. 59)

¹¹ Atentam para a facultatividade da medida Amílcar de Castro (CASTRO, p. 376-377), Valério de Oliveira Mazzuoli (MAZZUOLI, p. 28-30) e Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Restiffe (RESTIFFE NETO, P. e RESTIFFE, P. S. Prisão civil do depositário infiel em face da derrogação do art. 1287 do Código Civil pelo Pacto de San José da Costa Rica. **Revista dos Tribunais**, ano 87, v. 756, p. 42-43, out. 1998). A conclusão dos dois últimos autores deriva da análise da Emenda Substitutiva 35, do Senador Accioly Freire, que resultou na redação do art. 902, § único do Código de Processo Civil e que assim foi justificada: “A prisão deve ser pedida pelo autor, pois a pena, no caso, deve estar equiparada à do crime de dano, para cuja ação penal se reclama queixa”. Ademais, porque da imposição da medida poderão ocorrer efeitos processuais e obrigações civis decorrentes de indevida ofensa à liberdade pessoal, faz-se necessário que o autor a requeira e que, portanto, assuma a responsabilidade por ditos efeitos. Se concedida *ex officio*, o magistrado estaria assumindo o risco da ocorrência dos referidos efeitos, o que poderia redundar em sua responsabilidade pessoal

devedor é enclausurado e no mais das vezes nem se atenta à necessidade de deixá-lo em ambiente distinto do que abriga os delinqüentes criminais¹², aos quais, aliás, dependendo do delito cometido, é assegurada a cominação de prisão albergue ou domiciliar, o que é constantemente negado àquele que limitou-se à prática de delito civil de caráter meramente privado¹³.

No entanto, vale consignar que o Superior Tribunal de Justiça, no particular caso da prisão albergue ou domiciliar, tem demonstrado evolução em seu entendimento. Em hipóteses excepcionalíssimas, vem permitindo a adoção do regime aberto quando se toca a prisão civil, mormente quando o destinatário da

caso venham a ser verificados (art. 37, § 6º da Constituição, c/c art. 954 do Código Civil). Por outro lado, há de se relevar que pela estratégia empreendida pelo autor a prisão civil pode não ser a melhor alternativa ou até mesmo ser indesejável, mormente quando envolve relações familiares, e então não cabe ao juiz desconsiderar esses aspectos em prol da efetivação da tutela jurisdicional a qualquer preço. Como bem consignou Amílcar de Castro, analisando o emprego da prisão civil no âmbito do alimentante devedor, quando o dispositivo é ainda mais incisivo que o do até então em comento, "Não obstante a redação imperativa do art. 733, § 1º, a prisão civil não pode ser decretada de ofício; depende de requerimento do credor, porque este estará sempre em melhores condições que o juiz, para avaliar sua eficácia e oportunidade. Deixa-se ao exeqüente a liberdade de pedir, ou não, a aplicação desse meio executivo de coação, quando, no caso concreto, veja que lhe vai ser de utilidade, pois pode muito bem acontecer que o exeqüente, maior interessado na questão, por qualquer motivo, não julgue oportuna e até considere inconveniente a prisão do executado." (CASTRO, p. 376-377)

¹² Sobre a necessidade de segregar o preso civil dos presos comuns, vide artigo redigido por José Bolívar Bretas, intitulado "Prisão especial e prisão civil: o constrangimento da cela gradeada" que faz interessante analogia da prisão civil e da prisão especial, para o fim de concluir que o preso civil não pode ser enclausurado em ambiente com grades ou na companhia de outros presos. (BRETAS, J. B. Prisão especial e prisão civil. **Estudos de Direitos Contemporâneo e Cidadania**. [S.l.]: Editora de Direito, 2000. p. 175-207). No âmbito doutrinário, também defende que a prisão civil deve ser cumprida em ambiente distinto do no qual se encontram os presos comuns Sílvia de Venosa (VENOSA, S. de S. **Manual de contratos e obrigações unilaterais da vontade**. São Paulo: Atlas, 1997, p. 190)

¹³ O Supremo Tribunal Federal reiteradamente vem decidindo pelo descabimento da prisão domiciliar ou albergue, que traduziria simulacro de prisão inábil e retiraria o caráter constritivo que justificaria a prisão civil. Veja-se os seguintes julgados: "A causa primeira, indireta, da prisão criminal é o crime, acto jurídico ilícito absoluto, por outro lado, a causa primeira, indireta, da prisão civil é, também, acto jurídico ilícito, mas relativo. São causas diferentes, não poderiam, logicamente, nunca produzir efeitos jurídicos iguais e da mesma natureza. Sendo assim, tem-se ser inaplicável à prisão civil o regime jurídico de prisão albergue, previsto em lei, para a prisão criminal. Recurso ordinário a que se nega provimento." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Negado provimento ao recurso. RHC n. 59643-SP. Antonio Scarchofoli e I Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo. Relator: Min. Firmino Paz. 02 mar. 1982. DJ 02 abr. 1982, p. 2884). "Habeas corpus. Prisão civil. Não é possível o cumprimento da prisão civil em regime domiciliar. Não se confunde a prisão civil com a custódia decorrente de condenação criminal. Não se aplica, também, à prisão civil o regime de prisão albergue. Caráter constritivo da prisão civil. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Hipótese em que se concede, entretanto, em parte, o 'habeas corpus', para que se assegure ao paciente o cumprimento da prisão civil em cela separada de cadeia pública." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso deferido em parte. HC n. 70101-PR. Francisco Lopes e Tribunal de Alçada do Estado do Paraná. Relator: Ministro Néri da Silveira. 25 mai. 1993. DJ 13 ago. 1993, p. 15677)

coerção é pessoa de mais idade ou sofre de problemas de saúde¹⁴. É um mínimo quando se tem por norte que é princípio fundante da sociedade brasileira pós-1988 a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da Constituição Federal).

¹⁴ Confirmam-se: REsp 70400/PR, REsp 195673/SP, REsp 13165/SP.

3 A PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

3.1 A norma constitucional do art. 5º, LXVII e seu caráter garantístico

Segundo a norma contida no art. 5º, LXVII, da Constituição Federal de 1988, inserida no título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

O conteúdo da previsão constitucional em muito se assemelha com o que já constava nas Constituições brasileiras de 1946, 1967 e na Emenda Constitucional nº 1 de 1969¹⁵. Na Carta constitucional de 1934, diploma no qual constou pela primeira vez a regra geral acerca da impossibilidade de prisão por dívida, a fórmula era genérica, sem as exceções hoje presentes¹⁶. A Constituição getulista de 1937, no entanto, deixou de prevê-la, o que levou juristas como Pontes de Miranda a enunciar que, com a queda da garantia constitucional, o legislador ordinário teria readquirido sua liberdade de criar hipóteses de prisão civil em caso de dívidas, multas ou custas¹⁷.

No que tange ao trato do depositário infiel, seu arresto já era autorizado pelo Direito brasileiro desde as Ordenações Filipinas¹⁸ e veio a ser contemplado pelo Código Civil de 1916, no art. 1287¹⁹.

¹⁵ Dispunha o art. 141, § 32, da Constituição de 1946: “*Não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso do depositário infiel e o inadimplemento de obrigação alimentar, na forma da lei*”.

Esse texto foi mantido pela Carta Constitucional de 1967 (art. 150, § 17), com as exceções e a cláusula final, e repetido, *ipsis literis*, pela Emenda de nº 1 de 1969 (art. 153, § 17).

A Constituição Federal de 1988, finalmente, não deixou de consagrar o princípio, porém não mais repetiu a expressão “na forma da lei” existente nas Constituições anteriores e inseriu na exceção respeitante ao devedor de alimentos, expressamente, adjetivação restrigente, de sorte que apenas permitiu a medida nos casos de inadimplemento *voluntário e inescusável*.

¹⁶ O art. 113, § 30 não fazia nenhuma ressalva ou exceção quando estabelecia: “*Não haverá prisão por dívidas, multas ou custas*”.

¹⁷ MIRANDA, P. de. **Comentários à Constituição de 1967 Com a Emenda n. 1, de 1969**. 2a. ed., Tomo V, Ed. Revista dos Tribunais, p. 264.

¹⁸ No Livro IV, tit. LXXVI, 5º consignava-se que “... se fosse alguma coisa posta em guarda e depósito, e o depositário recusasse entregá-la ao senhor sem justa e legítima razão, ou usasse della sem vontade expressa do senhor, deve ser preso, até que da cadeia entregue a coisa, e pague o dano, que nella fez, por usar della contra a vontade de seu dono”.

¹⁹ Sobre o tema, MAZZUOLI, p. 23.

Vê-se que, muito embora a prisão civil seja abominada pela Carta em vigor, “ao próprio direito de liberdade a Constituição preferiu fazer valer nestas restritivíssimas hipóteses outros direitos especialmente encarecidos, quais sejam: o de perceber a pensão alimentar e o de ver restituída a coisa depositada”²⁰.

São exceções dentro de uma norma constitucional que traz uma garantia ao indivíduo: assegurou-se que a liberdade não pode ser cerceada civilmente apenas porque o indivíduo deixou de cumprir um dever. O constituinte originário deixou claro que a liberdade é valor maior, que nunca deve sofrer prejuízo quando em confronto com o não adimplemento de um mero dever, salvo quando este traduzir uma das hipóteses excepcionais arroladas na parte final do art. 5º, LXVII, que são taxativas. Essa garantia, por força do que prevê o art. 60, § 4º, IV, da Carta Magna, é insuscetível de ser alvo de ingerências do poder derivado, muito menos de ser extirpada do ordenamento jurídico pátrio. Sua supressão ou diminuição apenas seria imaginável no âmbito de uma nova Constituição.

É de se frisar que o art. 5º, LXVII prevê uma garantia em favor do indivíduo e não garantia ou direito fundamental em favor do credor da obrigação alimentícia ou do depositante, como bem assinala Eduardo Talamini²¹. O Min. Marco Aurélio, componente da Excelsa Corte, também se manifestou neste sentido, ao exarar seu voto divergente por ocasião do HC nº 74.383-MG²². Nesse sentido – e tendo-se por base que garantias não podem ser diminuídas ou extirpadas, apenas incrementadas – é de se destacar que seria perfeitamente possível conceber que adviesse emenda constitucional que retirasse da referida norma constitucional alguma de suas exceções, ampliando, com isso, a garantia individual. Da mesma sorte, por conta do que preceitua o art. 5º, § 2º da Constituição de 1988, tal ampliação também poderia ocorrer mediante a celebração de tratado internacional que tivesse por objeto essa garantia, sem que fosse possível cogitar de qualquer vício formal ou afronta ao texto constitucional, como se procurará demonstrar na seqüência.

²⁰ BASTOS, C. R. e MARTINS, I. G. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1988-1989. p. 306.

²¹ TALAMINI, E. *Prisão...*, p. 45.

²² “Senhor Presidente, entendo o texto do inciso LXVII do artigo 5º da Constituição Federal como encerrar duas regras. A primordial, para mim, é a que vem em primeiro lugar, a revelar, até mesmo, a colocação geográfica do preceito; **a demonstrar que a norma encerra uma garantia constitucional do cidadão e não de simples credores** “[sem grifo no original]. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ordem concedida. HC n. 74383-MG. Wanderley de Medeiros e Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Relator: Néri da Silveira. 22 out. 1996. DJ 27 jun. 1997, p. 30227).

3.2 O alcance da expressão “por dívida”

Garantiu a Constituição da República de 1988 que nenhum indivíduo será arrestado “por dívida”.

Adiante-se que “dívida” não é termo que tenha um significado certo no âmbito jurídico, como o tem “obrigação”, “dever jurídico” ou ônus²³. Não obstante, mesmo que o tivesse, não estaria imune a reflexões sobre seu sentido, por dois motivos precípuos.

A linguagem utilizada na Constituição e nas leis em geral não é tecnicamente precisa e sim comum, dado que os que as elaboram no mais das vezes não têm formação jurídica ou sequer dominam conceitos jurídicos básicos. Por esta razão, ao intérprete surge a missão de ler os textos legais com olhos de jurista e de desconhecedor do Direito, não descurando ou desprezando quaisquer dos posicionamentos e conclusões que possam advir de ambos os pontos de vista, sob pena de alcançar uma interpretação pobre, infeliz e socialmente indesejável.

Ademais, os conceitos – sejam eles jurídicos ou não-jurídicos – sujeitam-se aos movimentos da história, não são estanques ou engessados. Em sendo assim, forçoso é reconhecer a insustentabilidade do pensamento de que há uma norma passível de ser extraída do texto legal pelo intérprete. Não existe uma norma; existem, sim, normas. Se por um lado a famosa *mens legislatoris* tem sua importância, porque traz a razão da formulação da norma e os objetivos pretendidos com sua edição, esta é apenas uma norma. Mais importante é reconhecer que a partir do momento em que o texto legal deixa de ser mero projeto e se torna lei também se desvincula de seus criadores, adquirindo vida própria e significados os

²³ Em sua clássica obra “Obrigações”, ORLANDO GOMES já lembrava que obrigação é espécie do gênero dever, dever este correlato a um direito de crédito. A relação jurídica obrigacional seria “vínculo jurídico entre duas partes, em virtude do qual uma delas fica adstrita a satisfazer uma prestação patrimonial de interesse da outra, que pode exigi-la, se não for cumprida espontaneamente, mediante agressão ao patrimônio do devedor.” (GOMES, O. *Obrigações*. 15a.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 10-11)

O dever jurídico, nas lições de FRANCISCO AMARAL, é a situação passiva contraposta ao direito subjetivo. O direito subjetivo é figura típica da relação de direito privado e com ela até se confundindo que se traduz no “poder que a ordem jurídica confere a alguém de agir e de exigir de outrem determinado comportamento”. Assim, “dever jurídico” é “a necessidade de se observar certo comportamento, positivo ou negativo, a que tem direito o titular do direito subjetivo”. Difere do ônus porquanto “no dever, o comportamento do agente vincula-se ao interesse do titular do direito, enquanto no ônus esse comportamento é livre, embora necessário, por ser condição de realização do

mais diversos, tanto quanto são diversos os intérpretes e os valores sociais a serem considerados no desenrolar de sua existência.

Nesse contexto, têm a doutrina e a jurisprudência papel grandiosamente relevante, o que justifica um estudo do que se tem produzido acerca do tema.

Parte da doutrina realiza uma exegese restritiva do termo “dívida” e conclui que o que a Constituição teria vedado seria apenas a prisão daquele destituído de patrimônio, sendo, portanto cabível em quaisquer outras hipóteses. Sustenta-se que “dívida” seria prestação pecuniária. Pontes de Miranda defendia o sentido estrito da palavra e, ao analisar a constitucionalidade do art. 885 do Código de Processo Civil à luz da Constituição de 1967, com a Emenda nº 01/69, teria dito que “O que a Constituição proíbe é a pena de prisão por não-pagamento de dívidas, de multas ou de custas, e não a prisão como meio para impedir que o que tem a posse imediata de algum bem se furte à entrega dele.”²⁴ Mais recentemente, Milton Paulo de Carvalho²⁵ e Luiz Guilherme Marinoni²⁶ também externaram sua preferência ao pensamento pontiano.

O processualista Ovídio Baptista da Silva foi um ferrenho crítico desse posicionamento. Partindo do exposto por Pontes de Miranda, elaborou interessante raciocínio:

“É verdade que a Constituição se refere à ‘prisão por dívidas’, mas, ao mencionar as exceções que abre ao princípio, alude a um caso de dívida monetária, ou comumente monetária, que é a obrigação alimentar; e a outro, que absolutamente não se confunde com essa espécie de obrigação, que é a prisão do depositário infiel. Se a prisão por dívidas que *não fossem monetárias* estivesse sempre autorizada, não faria sentido a exceção constante do texto constitucional para o caso de depositário infiel”²⁷.

Eduardo Talamini seguiu a linha de pensamento de Ovídio Baptista da Silva e delineou amplo alcance da garantia. Segundo o autor, a fim de se compreender a

próprio interesse” (AMARAL, F. **Direito civil: introdução**. 3ª ed. rev.at. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 183-211).

²⁴ MIRANDA, P. de. **Comentários ao Código de Processo Civil**, tomo XII: arts. 769-889. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 449.

²⁵ CARVALHO, M. P. de. Ainda a Prisão Civil em caso de Alienação Fiduciária: da desconsideração do depósito. **Revista dos Tribunais**. Ano 90, v. 787, p. 13, mai/2001.

²⁶ MARINONI, L. G. **Tutela inibitória: individual e coletiva**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003.

²⁷ SILVA, O. A. B. da. **Do Processo Cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 530.

regra geral insculpida no art. 5º, LXVII da Constituição imprescindível é cotejá-la com as exceções. Como o depositário infiel não diz respeito a dívida pecuniária, a consagração dessa hipótese como exceção só permitiria concluir que a regra geral contida no preceito constitucional seria a vedação de qualquer prisão civil. Assim, afora as hipóteses excepcionais, nenhuma hipótese de prisão processual civil estaria autorizada²⁸.

É de salientar que a posição externada por Eduardo Talamini deu azo a um intenso debate doutrinário empreendido no seio da Universidade Federal do Paraná.

Sérgio Cruz Arenhart, inconformado com a amplitude da garantia defendida por Eduardo Talamini e buscando sustentar a possibilidade do cabimento da prisão civil em caso de desobediência de ordem judicial, analisou as exceções contidas no dispositivo constitucional e verificou que ambas, embora dissessem respeito a dívidas pecuniárias, seriam obrigações. Destarte, tendo a expressão “dívida” o conteúdo de “obrigação”, a garantia apenas proibiria a prisão civil por inadimplemento de obrigações, mas não a prisão civil em caso de violação de comandos não-obrigacionais, como é o caso da ordem judicial²⁹.

Eduardo Talamini voltou-se contra essa tese trazendo basicamente duas razões. Primeiramente, lembra que a prisão civil decorre sempre do descumprimento de ordem judicial – inclusive quando o caso for de dívida alimentícia – e, portanto, se a intenção da norma constitucional fosse possibilitar a utilização da medida coercitiva em todo e qualquer caso de descumprimento de ordem judicial não haveria sentido a apresentação das exceções. Na seqüência, questiona a natureza obrigacional das exceções³⁰.

²⁸ “Relega-se a ‘prisão civil’ – a constrição da liberdade como medida processual civil coercitiva, meio de ‘execução indireta’ – à excepcionalidade. Fora da exceção estabelecida no próprio dispositivo constitucional, a prisão só poderá ser utilizada como ‘pena’ propriamente dita, sanção para condutas tipificadas como crimes (ou, quando menos, ‘transgressões militares’ – art. 5º, LXI) – e desde que observadas todas as garantias constitucionais penais e processuais penais (art. 5º, XXXIX, LX, XLV, LIII, LIV, LV, LVII, LXI, LXV, LXVI etc.)” (TALAMINI, p. 38).

Aliás, sobre o tema, interessante é consignar que há quem defenda que até mesmo a prisão como pena acabaria por soffrear a influência da norma contida no art. 5º, LXVII da Constituição. O catedrático paranaense Clémerson Merlin Clève faz parte dessa corrente e é voraz defensor da impossibilidade de normas de natureza penal tipificarem condutas de modo a criminalizar inadimplemento da dívida (CLÉVE, C. M. Contribuições Previdenciárias. Não-recolhimento. Art. 95, d, da Lei 8.212/91. Inconstitucionalidade. *Revista dos Tribunais*. Ano 86, v. 736, p. 503, fev./1997).

²⁹ ARENHART, S. C. *A Tutela Inibitória da Vida Privada*. São Paulo: RT, 2000, p. 210-213.

³⁰ “Não bastasse isso, não parece possível afirmar que as duas hipóteses de exceção originariamente contempladas no texto constitucional têm sempre natureza *obrigacional*. A relação de

Recentemente, Sérgio Cruz Arenhart, em sua obra “Perfis da Tutela Inibitória Coletiva”³¹, veio novamente a se manifestar sobre o tema. Quanto à crítica que envolve a natureza jurídica das hipóteses excepcionais, reconheceu que nem todo depósito é obrigacional, como seria o caso do depósito necessário. Mas haveria aqueles de cunho obrigacional e a estes incidiria a autorização constitucional da prisão civil. Quanto aos outros depósitos, de outras naturezas, não ficariam abrangidos pela norma constitucional em questão, sendo, portanto, também permitido sua tutela por meio da coerção pessoal. Ademais, lembra o autor em provocação à amplitude da tese de Eduardo Talamini, seria necessário ter em mente que a palavra “dívida” deve ter algum significado e que sua presença não poderia ser simplesmente esquecida, a pretexto de garantir o cidadão contra prisões indevidas.

O jurista Luiz Guilherme Marinoni, na nova edição de sua obra “Tutela Inibitória: Individual e Coletiva”³² também se objeta indiretamente à tese de Eduardo Talamini ao defender que a expressão “dívida” contida no texto constitucional há de ter algum sentido e que portanto a norma constitucional não teria proibido toda e qualquer prisão civil e sim apenas uma de suas espécies: a prisão por “débito”³³.

depósito não tem necessariamente caráter obrigacional (v.g., o depósito judicial e certas hipóteses de depósito legal) – e assim recaímos na constatação inicial de que a regra geral há de ter o mesmo caráter amplo que a exceção. Depois, mesmo em relação aos alimentos, é discutível seu enquadramento no campo *obrigacional* propriamente dito: os alimentos oriundos das relações de família são deveres não-obrigacionais (embora patrimonialmente aferíveis). A atribuição de natureza obrigacional às hipóteses aqui destacadas só é possível mediante a adoção de uma perspectiva *privatista e conceitualista*, no sentido de enquadrar a qualquer preço o conceito de “obrigação” relações alheias aos campos para os quais tal categoria foi originariamente formulada (por exemplo, afirmando-se que é ‘obrigação’ todo e qualquer dever patrimonialmente quantificável – o que acaba por inutilizar cientificamente a categoria).” (TALAMINI, E. Ainda sobre a Prisão como “Execução Indireta”: a Criminalização da Desobediência a Ordens Judiciais. **Processo de Execução**. São Paulo: RT, 2001, p. 283/284).

³¹ ARENHART, S. C. **Perfis da Tutela Inibitória Coletiva**. São Paulo: RT, 2003, p. 393.

³² MARINONI, p. 231.

³³ “Aliás, se o objetivo da norma fosse o de proibir toda e qualquer prisão, com exceção dos casos do devedor de alimentos e do depositário infiel, não haveria como explicar a razão pela qual *deu conteúdo à prisão civil*, dizendo que ‘não haverá prisão *por dívida*’. É pouco mais do que evidente que a norma desejou proibir *uma determinada espécie de prisão civil*, e não toda e qualquer prisão civil. O que importa saber, assim, é a espécie de prisão civil que foi vedada. Se não há como fugir da idéia de que foi proibida somente uma espécie de prisão civil, e não toda e qualquer prisão civil, a prisão proibida somente pode ser a prisão por ‘débito’. O entendimento de que toda e qualquer prisão está proibida, implica retirar qualquer significado da expressão ‘dívida’. Afirmar que existem outras modalidades de dívida, que não apenas a pecuniária, e concluir que estas vedam a prisão, é dizer nada sobre a espécie de prisão proibida, mas simplesmente insistir na idéia de que a norma constitucional veda o uso da prisão civil como meio de coerção, e deste modo retirar qualquer significado da expressão ‘dívida’.” (MARINONI, L. G., p. 231).

Segundo o autor, a melhor interpretação, que leva em conta a conciliação de dois direitos fundamentais – o direito à efetividade à tutela jurisdicional e o direito de liberdade –, seria a que reconhecesse a vedação da prisão apenas quando a prestação dependesse da disposição de patrimônio³⁴. Volta à tese de Pontes de Miranda.

O tema é complexo. A hermenêutica atenta que na lei não há palavras inúteis, sem sentido, o que impõe ao intérprete relevar a presença da expressão “por dívida” no texto constitucional. Difícil, porém, é sustentar quaisquer das teses que a doutrina tem formulado, quais sejam, que “dívida” corresponderia às noções de “débito” ou de “obrigação”. As exceções necessariamente derivam de uma regra geral. Se uma das hipóteses excepcionais – o depositário infiel – não diz respeito a uma situação de débito (o depositante não deseja o patrimônio do depositário) ou de obrigação (nem todos os depósitos encerram em si uma relação obrigacional), forçoso é reconhecer que Eduardo Talamini neste ponto tem razão: “dívida” não pode significar “débito” ou “obrigação”.

Para fugir de conclusões por demais vagas como a empreendida por Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Restiffe – para quem “dívida” seria uma expressão genérica, que englobaria a figura do depositário infiel³⁵, o que não colabora para definir quais hipóteses, além das excepcionais, poderiam ser enquadradas como “dívidas” a fim de se negar a imposição da prisão civil para sua tutela – é que talvez tenha chegado a hora de assumir que o termo “dívida” traduz, em verdade, “dever jurídico”. Tanto o depositante como o credor alimentício têm perante o depositário e o devedor alimentício, respectivamente, um direito subjetivo. Têm o poder de agir e de exigir de outrem determinado comportamento, que tem o dever jurídico de

³⁴ A fim de compreender melhor o posicionamento externado pelo eminente jurista, faz-se necessário esclarecer que ele é grande defensor da utilização da prisão civil como meio de evitar a violação de um direito quando a multa e as medidas de coerção ordinariamente previstas não se mostrem efetivas, sob pena de deixar tais direitos desprovidos de tutela. Sérgio Cruz Arenhart também compartilha deste entendimento, invocando para tanto a regra do art. 5º, XXXV, da CF, no que toca à garantia de um provimento jurisdicional útil (Cf. ARENHART. *Perfis...*, p. 395).

³⁵ Analisando o alcance do termo – que também vem presente no Pacto de San José da Costa Rica – dizem: “Na linguagem do direito internacional, e sobretudo pela intenção e objetivos da convenção, a expressão ‘dívida’ é abrangente também da infidelidade depositária de quaisquer espécies, pela consequência da prisão de natureza *civil*; esse fator é decisivo para a interpretação ampliativa, mais benigna do vocábulo, conforme os princípios em favor da ‘integridade pessoal’ e da supremacia da ‘dignidade da pessoa humana. Aliás, o texto constitucional autorizador (art. 5º, LXVII) indica que ‘dívida’ é expressão genérica, que contém duas exceções autorizadas, o que dispensa esforço interpretativo.” (RESTIFFE NETO e RESTIFFE, p. 41)

observá-lo, seja ele positivo ou negativo. O depositante – seja o depósito voluntário ou necessário – tem o direito subjetivo de reaver o bem e o depositário tem o dever jurídico de devolver a coisa no momento em que lhe for pedida. O credor alimentício tem o direito subjetivo de perceber os alimentos, o que faz surgir ao seu destinatário o dever jurídico de prestá-los. Como se afigere, o elemento comum entre as figuras excepcionais é a existência do binômio direito subjetivo – dever jurídico. Logo, perfeitamente sustentável é dizer que o art. 5º, LXVII da Constituição traz como regra geral a garantia da vedação da prisão civil por descumprimento de dever jurídico³⁶.

Destarte, conclui-se que no âmbito constitucional a prisão civil apenas se sustentaria quando presente alguma das hipóteses excepcionais ou então quando a medida coercitiva não tivesse como escopo compelir o devedor a cumprir dever jurídico.

3.3 O conceito constitucional da expressão “depositário infiel”

Se é certo que a Constituição da República autoriza a prisão civil do depositário infiel, muito menos certo é o entendimento que a doutrina e a jurisprudência têm do que seria compreendido pela expressão.

A discussão envolve, como bem apontaram Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Restiffe, quatro espécies de depósito: “a) *depósito genuíno*, cuja fonte é o art. 1.287 do CC [atual art. 627 do Código Civil]; b) *depósito judicial*, disciplinado na Súm. 619 do STF, derivado do mesmo art. 1.287 do CC; c) o *depósito*, suposto como configurado na retenção de título de crédito (cambial ou duplicata) remetido pelo sacador e não restituído pelo sacado (art. 885, CPC); e d) o *depósito* previsto em leis especiais sobre alienação fiduciária, penhor mercantil, rural etc., também derivado da mesma fonte criadora (art. 1.287 do CC), cuja ação vem

³⁶ Esta conclusão não retira de forma alguma a efetividade da prestação jurisdicional. Existem outras medidas coercitivas que são capazes de assegurar a eficácia das decisões judiciais, sendo que algumas delas encontram-se previstas no art. 461, § 5º do Código de Processo Civil. Ademais, verificado o descumprimento da ordem judicial, poder-se-ia sustentar a ocorrência do delito previsto no art. 330 do Código Penal, do que decorreria a responsabilidade criminal daquele a quem se direcionou a ordem.

instrumentalizada com imposição da coerção corporal pelos arts. 902 e 904, do CPC.”³⁷

A cominação de prisão civil de até um ano, como meio a compelir o devedor a restituir objeto dado em depósito, surgiu, como já se anotou anteriormente, com o Código Civil de 1916 (art. 1.287) e hoje é instrumentalizada nos arts. 902 e 904 do Código de Processo Civil. E é a essa norma, que traduz o depósito dito genuíno, que se reportam todas as leis especiais que adotam o instituto do depósito, cominando o arresto civil.

Sustenta a doutrina mais abalizada que o depositário a que alude o texto constitucional não seria outro que não este definido no Código Civil. Ou seja, depositário seria somente aquele que recebesse objeto móvel alheio para guardá-lo e mantê-lo até que o depositante o reclamasse, quando então deveria restituí-lo. Se não restituir, será tido por infiel e estará sujeito ao arresto pessoal constitucionalmente autorizado³⁸.

Essa leitura da norma constitucional assenta-se principalmente em três teses: a) normas que restringem direitos devem ser interpretadas restritivamente; b) normas excepcionais também merecem interpretação restritiva; c) normas que estabelecem garantias têm um núcleo mínimo conceitual necessariamente referido a uma situação pré-jurídica ou a uma noção que esteja assente e seja prévia que a vincula.

Partindo-se da primeira tese, a norma constitucional que permite a prisão civil deve ser interpretada de modo estrito porquanto todo aprisionamento pessoal atenta contra o fundamental direito individual de ir e vir. Conforme lição de Valério de Oliveira Mazzuoli³⁹,

³⁷ RESTIFFE NETO e RESTIFFE, p. 38.

³⁸ Nesse sentido os pensamentos de Valério de Oliveira Mazzuoli (MAZZUOLI, p. 35-38), Eduardo Talamini (Prisão civil e penal..., p. 39), Adriana Alvares da Costa de Paula Alves (ALVES, A. A. da C. de P. Alienação fiduciária. Prisão civil do devedor. Admissibilidade. **Revista de Direito Privado**. Ano 1, p. 176, jan.mar./2000). Em sentido diverso, Celso BASTOS, para quem “A expressão *depositário infiel* é utilizada de maneira ampla pela Constituição, dando assim margem à lei ordinária para que possa cominar a pena de prisão a modalidades diferentes de depósito” (BASTOS e MARTINS, p.310).

³⁹ MAZZUOLI, p. 22.

Nesse mesmo sentido, Ada Pellegrini Grinover, ainda no âmbito da Constituição anterior: “A Constituição brasileira abre duas únicas exceções à proibição de prisão civil, inscrita no § 17 do art. 153: são os casos do depositário infiel e de inadimplemento de obrigação alimentar. Como exceção ao regime de liberdades públicas instituído pela Constituição, sua interpretação não pode ser ampliada” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil*

A não se entender dessa forma, estar-se-ia permitindo a ampliação de uma norma indiscutivelmente odiosa à liberdade do cidadão, o que, por certo, não é permitido. Tudo o que for odioso à liberdade do cidadão, tudo quanto lhe prejudique, deve ter seu alcance e aplicação restringido, sendo o texto constitucional, por esse motivo, insuscetível de ampliação. *Odiosa restringenda, favorabilia amplianda.*

Outra tese que sustenta a interpretação restrita do conceito de depositário infiel inscrita no art. 5º, inc. LXVII da Constituição Federal de 1988 baseia-se no caráter excepcional da norma constitucional. O querer constitucional é que a maioria dos casos seja regido pela regra geral, qual seja, a impossibilidade de prisão civil e é a partir dessa premissa que se deve avaliar o conteúdo das exceções plasmadas⁴⁰.

A terceira tese parte da premissa de que quando se estabelece uma garantia tem-se em vista uma realidade prévia, que deve ser obedecida. Deixar ao alvedrio do legislador ordinário definir seus contornos implicaria dizimar seu próprio caráter garantístico. Quando a Constituição referiu-se ao depositário infiel, tomou em conta a noção tradicional de depósito, logo, por uma imposição de ordem lógica, seria apenas ao depositário genuíno que seria autorizada a imposição da prisão civil e não a qualquer outro depositário assim denominado porque o legislador infraconstitucional teria o interesse em ver aplicada a medida coercitiva a outros casos. A figura do depositário seria prévia ao Direito, não algo instituído pelo ordenamento jurídico, daí que seria inadmissível conceber que depósito seria tudo aquilo que a lei assim diz ser, sob pena de fazer desaparecer a própria taxatividade estabelecida pela Constituição e tornar a garantia de não ser preso civilmente, enquanto regra geral, letra morta. Nas palavras de Eduardo Talamini:

A conclusão não parece ser outra: o núcleo mínimo dos conceitos veiculados nas normas constitucionais que estabelecem garantias está necessariamente referido a uma situação pré-jurídica – ou, quando menos, subordinado a noção que, conquanto jurídica, esteja assente e seja prévia à formação do texto constitucional. Em caso contrário, estabelecer-se-ia um impasse lógico: a norma constitucional destinada a dar os limites de legitimidade da norma infraconstitucional teria seu conteúdo definido pela norma infraconstitucional.

apud WAMBIER, L. R. Inconstitucionalidade da prisão civil prevista no art. 885 do Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 15, n. 59, p. 285, jul.set./1990).

⁴⁰ MAZZUOLI, p. 22

Sobre o assunto, Barbosa Moreira: “O depósito a que o constituinte ligou a prisão civil corresponde a uma figura conceitual elaborada pela ciência jurídica, não comportando, para ampliar o ensejo da sanção, inovações legislativas, sob pena de afronta ao princípio da reserva constitucional.”⁴¹

Admitir como válida essa interpretação, que parte da “vontade do legislador”, não implica contradizer o que foi defendido no tópico anterior. O que se critica é a hermenêutica que idolatra a *mens legislatoris*, que a vê como o único meio legítimo de interpretação. Não há nada de errado em investigar o escopo do legislador ao estatuir a norma e concluir que tal entendimento persiste válido, mesmo tendo se passado vários anos⁴².

O problema surge quando se verifica que existem no ordenamento jurídico pátrio leis infraconstitucionais que qualificam de depósito casos que não correspondem perfeitamente àquele núcleo conceitual existente no Código Civil. Valem-se do permissivo constitucional para cominar a prisão civil como meio de garantir o pagamento de dívidas. São os casos do devedor fiduciante e do responsável pela retenção ou recebimento de tributos para então repassá-las ao Fisco, que foram designados “depositários” pelo Decreto-Lei nº 911/69 e pela Lei 8.866/94, respectivamente⁴³.

Ainda, há outras disposições legais que, muito embora não imponham a qualificação de depositário, determinam a cominação de prisão civil e então doutrina e jurisprudência trazem a lume raciocínios os mais diversificados possíveis com o objetivo de fundamentar como sendo depósito situações que não comportam tal qualificação. É o caso do art. 885 do CPC, que permite ao juiz decretar a prisão de quem recebe título de crédito para aceite ou efetuar o pagamento e não o restitui ao sacador.

⁴¹ Cf. *Lex Coletânea de Legislação e Jurisprudência*. São Paulo: LEX, ano 4, n. 30, fev. 1992. p. 206-217.

⁴² Sem razão, portanto, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que reputa inaceitável a interpretação com base na “vontade do legislador”, que estaria há muito superada (FERREIRA FILHO, M. G. Alienação fiduciária – depósito infiel – prisão civil - constitucionalidade. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 42, n. 200, p. 57, jun./1994).

⁴³ Noticia José Geraldo de Jacobina Rabello que a Lei 8.866/94 disciplinou a figura do depositário da Fazenda Pública de modo renovado, o que teria se dado certamente pelo advento do art. 5º, LXI da Constituição que vedou a decretação da prisão administrativa diretamente pelo Ministro

Porque não se encaixam no conceito de depósito oriundo do Código Civil, a prisão civil nesses casos não pode subsistir, porque padeceria de inconstitucionalidade⁴⁴.

Aliás, inconstitucionais já nasceram todos esses textos legais referidos. Como já dito, a norma constitucional que garante a vedação da prisão civil por dívida como regra geral e excepciona a prisão do depositário infiel é corrente desde a Carta Constitucional de 1946. Destarte, é de se reconhecer que padecem de imprecisão os pronunciamentos do Colendo Supremo Tribunal Federal – os quais são seguidos pelos demais órgãos jurisdicionais e até mesmo pela doutrina menos avisada – que

da Fazenda (RABELLO, J. G. de J. Prisão civil de depositário da Fazenda Pública. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**. V. 2, n.1, p. 117, jan./jun./2001).

⁴⁴ Infelizmente, no âmbito do Supremo Tribunal Federal a tese da constitucionalidade da prisão civil do devedor fiduciário ainda reina, desde o julgamento do Pleno por ocasião do HC 72.131-RJ, em 23.11.95.

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça já pacificou a matéria após o brilhante voto do Min. Athos Carneiro, no REsp 2.320/RS, assim ementado: “Prisão civil. Sua impossibilidade nos casos de depósitos atípicos, instituídos por ‘equiparação’ para reforço às garantias em favor dos credores. Prevalência da norma constitucional, tutelar do direito maior à liberdade, e imune às leis ordinárias ampliativas do conceito de depositário infiel”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso provido. HC n. 2320. Banco Bradesco SA e Capotas Trevo Ind. Com. Ltda. 25 jun. 1991. DJ 02 set.1991, p. 11814)

Este entendimento vem sendo acolhido pela maioria do Tribunal de Alçada paranaense (confirmam-se: HC 57.247-6, 1ª Câ. Cível, Rel. Juiz Trotta Telles; Ap.Cível 56.975-1, 7ª Câ. Cível, Rel. Juiz Domingos Ramina) e foi inclusive alvo de conclusão debatida no XXXVI Seminário Regional da Magistratura, realizado em Paranavaí em dezembro de 1992, que assim restou consignada: “Com o advento da Constituição Federal de 1988, tornou-se inconstitucional a prisão na ação de busca e apreensão convertida em ação de depósito com base no DL 911/69. O texto constitucional vigente somente permite a prisão do depositário infiel propriamente dito, não as figuras legalmente a ele equiparadas, como o fiduciante.”

Realmente, não é legítima a prisão civil do devedor fiduciante. A ele, em nenhum instante, se atribui o bem para exercício do dever de custódia estruturado na sua guarda e conservação, muito menos para o exercício de um dever de restituição quando exigido pelo credor fiduciante. Na alienação fiduciária, o depósito é para garantia do crédito e não para a guarda do bem. Não há nem propriedade, nem depósito, já que o credor não pode ficar com o bem (como art. 66, § 6º proíbe a cláusula comissória, o credor só pode ficar com o produto de sua venda, deduzido o montante já pago pelo devedor): o que se poderia sustentar existente é um penhor sem tradição da coisa. A alienação fiduciária é mera garantia de mútuo. É ficção jurídica engendrada pela lei para reforçar as garantias das instituições de crédito e financiamento. Não há a confiança que o depositante deposita ao depositário de um contrato genuíno de depósito, de modo que o devedor fiduciante jamais pode ser considerado *infiel* caso descumpra o contrato. Onde não há confiança, não se pode sustentar haver infidelidade. Também não se pode dizer que o devedor fiduciante é depositário se é ele quem corre todo o risco da perda da coisa desde o início do negócio, o que seria incompatível com a regra do art. 642 do atual Código Civil.

Afora o não enquadramento do devedor fiduciante na figura do depositário, sua prisão mostra-se inadmissível por outra razão apontada pela doutrina: como a relação entre a instituição financeira e o devedor fiduciante é relação de consumo, então as disposições do Código de Defesa do Consumidor devem ser respeitadas. Neste contexto, o art. 42 do CDC estipula que: “Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça”. (sobre o tema, cf. ARGUELHO, p. 121)

bradam que, com o advento da Constituição Federal de 1988, alguns dispositivos que pregam o emprego da prisão civil teriam sido por ela revogados⁴⁵.

Poder-se-ia argüir que a expressão “na forma da lei” presentes nas Cartas anteriores à atual teria o condão de possibilitar ao legislador ordinário constituir o que seria depósito e, de conseqüência, cominar a prisão civil. Com base nesse permissivo é que teriam sido criados “depósitos” como o da alienação fiduciária, que hoje haveriam de ser reputados revogados (*rectius*, não recepcionados) com a supressão havida no texto constitucional, além de não ser mais possível a ampliação dos genuínos casos típicos tradicionais de depósito.

Em verdade, a expressão teria outro alcance. Como bem nos esclarece Valério de Oliveira Mazzuoli⁴⁶, quando o legislador constituinte desejou transferir ao legislador ordinário a identificação de casos em que seria permitida a violação o fez de forma expressa, a exemplo do art. 15, § 10 da Carta de 1969 - no qual se assegurava a inviolabilidade do domicílio, abrindo exceção para invasão domiciliar durante o dia “nos casos e na forma que a lei estabelecer” – ou do art. 5º, XII da atual Constituição – que garante a inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas salvo por ordem judicial “nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer...”. A expressão “na forma da lei”, em verdade, tinha duplo significado: a) o de delegar o regulamento à lei ordinária; b) o de restringir o processo, não o admitindo por outra forma procedimental.

Dado que jamais as Constituições admitiram que fosse imposta a prisão civil sem que houvesse lei que caracterizasse o depósito e a infidelidade depositária, bem como nunca se admitiu que a medida fosse implementada sem que houvesse estipulada a forma jurisdicional que culminasse em sua concretização pelo devido processo legal, pode-se concluir que a consagração da expressão apenas reiterava

⁴⁵ A título de exemplo, confira-se julgado de relatoria do E. Min. Moreira Alves, em sede de recurso em *habeas corpus*, publicado em 22/05/98: “Recurso ordinário em ‘habeas corpus’. - Como bem acentua o parecer da Procuradoria-Geral da República, em princípio, a superveniência da condenação criminal não torna sem efeito a prisão - que é medida administrativa de caráter coercitivo e não punitivo - decretada no processo cível falimentar que tem outra finalidade. Assim sendo, e estando revogado o artigo 35 da Lei de Falências pelos incisos LXI e LXVII do artigo 5º da Constituição que não admitem essa modalidade de prisão, impõe-se o provimento do presente recurso ordinário para que se casse o decreto dessa prisão. Recurso ordinário provido.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso ordinário provido. RHC n. 76741/MG. José Francisco Ferreira Ribeiro e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Moreira Alves. 24 abr. 1998. DJ 22 mai. 1998, p. 32).

⁴⁶ MAZZUOLI, p.25/27.

tais exigências, não tendo, portanto, quaisquer outros efeitos no sentido de dar ou não dar poderes ao legislador criar novas formas de depósito e cominar a prisão civil⁴⁷.

Diante desse panorama e do já exposto no tópico anterior, é de se reconhecer que a Constituição teria autorizado apenas e tão-somente a prisão civil do depositário infiel genuíno, ou seja, aquele que se amolda aos ditames do Código Civil. Não se vislumbrando a relação de entrega de coisa alheia para guarda, incabível a cominação da coerção pessoal, uma vez que protegidos estariam os pretensos destinatários da medida pela garantia da vedação da prisão civil por dívida (“dever jurídico”), consagrada no art. 5º, LXVII, primeira parte, da Constituição de 1988⁴⁸.

⁴⁷ Neste sentido, Sílvio de Salvo VENOSA (VENOSA, p. 191).

No julgamento do HC nº 549.650-8, o 1º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo aventou-se ser irrelevante não constar no texto constitucional atual a expressão “na forma da lei”, que deve ser entendida como sendo “conforme a lei prescrever” ou “nos termos da lei”.

Um efeito apontado pela supressão da expressão estaria na desnecessidade da forma procedimental da ação de depósito a fim de cominar a prisão civil ao depositário judicial, o que teria dado foros de constitucionalidade à Sumula 619 do Supremo Tribunal Federal (que era flagrantemente inconstitucional quando da sua edição). Como bem acentuam Restiffe Netto e Restiffe, “A exigência de ‘devido processo legal’ (art. 5º, LIV) fica reduzida, simplificada e atendida tomando-se como ‘devido’ o processo mesmo em que tenha ocorrido a infidelidade depositária de natureza judicial, assegurados que sejam, ainda que por eufemismo, o contraditório e o direito de ampla defesa (art. 5º, LV).” (RESTIFFE NETO e RESTIFFE, p. 40)

⁴⁸ Sobre o tema, interessante é fazer constar excerto do brilhante voto vencido proferido pelo ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal Francisco Rezek, por ocasião do julgamento do HC 74.383-MG: “Há que se presumir equilíbrio e senso das proporções em todo legislador, sobretudo no constituinte quando trabalha nas condições em que trabalhou o constituinte brasileiro de 1988. Ele prestigia uma tradição constitucional brasileira: não há, nesta República, prisão por dívida; não se prendem pessoas porque devem dinheiro. Mas abre duas exceções. E o que vamos presumir em nome do equilíbrio? Que essas duas exceções têm peso mais ou menos equivalente. No caso do omisso em prestar alimentos, a linguagem constitucional é firme: inadimplemento voluntário e inescusável da obrigação. E, ao lado disso, o que mais excepciona a regra da proibição da prisão por dívida? O depositário infiel. Mas nunca se há de entender que essa expressão é ampla, e que o legislador ordinário pode fazer dela, mediante manipulação, o que quiser. O depositário infiel há de enquadrar-se numa situação de gravidade bastante para rivalizar, na avaliação do constituinte, com o omisso em prestar alimentos de modo voluntário e inescusável. Mas, num país de tantos surrealismos, inventa-se um dia a tese de que determinados devedores são ‘depositários infieis’, para que o credor possa prendê-los, para que o meio de forçar a solução de uma dívida civil seja o meio criminal do encarceramento. Inventar-se dizer que os devedores, em caso como o da alienação fiduciária em garantia e do penhor rural (hipóteses históricas – mais que isso, hipóteses bíblicas de dívida) são ‘depositários infieis’. O que compra e um dia não dispõe mais do bem, nem pode pagar, é um típico devedor civil, nunca um depositário infiel. Os mesmos civilistas que, mais tarde, ludibriando a Constituição, inventaram as figuras do depósito legal, foram os responsáveis, na origem, pela teoria do depósito voluntário, materializada naquela situação que todos nós entendemos: a de alguém que recebe, por exemplo, pela confiança do juiz, os bens da viúva ou do órfão para que os guarde fielmente e os devolva um dia; e que quando chamado a devolvê-los, de modo insolente, intolerável, os sonega. Este é o depositário infiel de que fala a tradição dos próprios civilistas, que um dia degeneraram na produção de burlas à Constituição. Este é o depositário infiel de que fala a Carta de

Posteriormente à entrada em vigor da Constituição brasileira de 1988, o Brasil foi signatário de dois tratados internacionais que tocam o tema do depositário infiel – Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e Pacto de San José da Costa Rica – que foram posteriormente ratificados e hoje fazem parte do ordenamento jurídico pátrio. A partir de então, surgiram opiniões no seio doutrinário de que até mesmo na hipótese do depositário genuíno a prisão civil teria passado a ser vedada. A fim de compreender o verdadeiro alcance da garantia constitucional, mister se faz o estudo desses novos elementos, que, muito embora desconhecidos da grande massa dos juristas, têm grande força no Direito pátrio, talvez até maior do que se imagina.

1988, no inciso LXVII do rol de direitos. Esse é o depositário infiel cuja prisão o constituinte brasileiro, embora avesso à prisão por dívida, tolera. Nunca – e me bastaria o texto da Carta para não admiti-lo – se dirá que o depositário infiel a que se refere a Carta, como exceção possível ao mandamento que proíbe prisão por dívida, seja aquele falso depositário produzido por legislação ordinária no Brasil dos anos recentes (por sinal, os menos brilhantes da nossa história política, constitucional e legislativa). Toda norma que, no direito ordinário, quer mascarar de depositário que na realidade não o é, agride a Constituição.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ordem concedida. HC n. 74383-MG. Wanderley de Medeiros e Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Relator: Néri da Silveira. 22 out. 1996. DJ 27 jun. 1997, p. 30227).

4 A PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL E OS TRATADOS INTERNACIONAIS

4.1 Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e Pacto de San José da Costa Rica: apresentação do tema

Com o desenvolvimento das relações internacionais e a interdependência cada vez maior entre os Estados, o número de tratados internacionais multiplicou-se grandiosamente na sociedade internacional.

Disso decorre que um dos grandes temas jurídicos contemporâneos trata da relação desse conjunto de normas de direito internacional público com o direito interno. Como não há um modelo internacionalmente imposto, cada Estado dá aos tratados internacionais o tratamento que lhe aprouver: alguns conferem ampla superioridade das normas de direito internacional sobre o direito interno, como é o caso de boa parte dos países europeus – mormente os hoje componentes da União Européia – e países americanos como Costa Rica, Colômbia, Argentina, Guatemala, Honduras e Chile⁴⁹; outros situam os tratados internacionais em situação de paridade com as normas internas e outros, ainda, estabelecem um meio-termo.

O Brasil é signatário de dois tratados internacionais afetos ao tema, quais sejam, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto de San José da Costa Rica (ou Convenção Americana sobre Direitos Humanos).

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966, foi ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992, teve seu texto aprovado pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo nº 226/91 e foi adotado na legislação interna pelo Decreto Presidencial nº 592, de 06 de julho de 1992. Em seu art. 11 dispõe que:

⁴⁹ A Constituição da Costa Rica, em seu art. 7º, atribui aos tratados internacionais autoridade superior à das leis. A Carta colombiana, de 1991, expressa claramente no art. 93 que os tratados e convenções de direitos humanos são prevaletentes na ordem interna e que os direitos consagrados na Constituição hão de ser interpretados em conformidade com esses tratados. A Constituição argentina de 1994 dispõe que os tratados integram a lei suprema da nação (art. 31). A Guatemala estabeleceu em sua Constituição de 1985 que o princípio geral em matéria de direitos humanos os tratados teriam preeminência sobre o direito interno (art. 46). A Carta de Honduras estabeleceu que há prevalência dos tratados sobre a lei em caso de conflito. No Chile, a Constituição de 1989 também confere supremacia aos tratados de direitos humanos, equiparando-os às normas constitucionais.

“Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual.”

O Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, foi ratificado sem qualquer reserva pelo Congresso Nacional e restou aprovado pelo Decreto Legislativo nº 27/92, de 25 de setembro de 1992, e foi incorporado pelo ordenamento jurídico brasileiro por força do Decreto Presidencial nº 678, de 06 de novembro de 1992. Estabelece, em seu art. 7º, 7, que: “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.”

Como se pode observar, o Pacto de San José da Costa Rica traz dispositivo muito semelhante ao contido no art. 5º, LXVII da Constituição de 1988, com uma diferença: não excepcionou o depositário infiel como passível de ser detido por dívidas, como o fez da Carta Magna brasileira. Com a incorporação desse Pacto ao ordenamento jurídico brasileiro, não foram poucas as vozes que sustentaram que a prisão civil do depositário infiel não se mostrava mais possível no Direito brasileiro, que o permissivo constitucional teria perdido sua eficácia, dado que a garantia da vedação da prisão civil haveria se ampliado. Por outro lado, também não foram poucas as manifestações no sentido de que o Pacto por si só não teria força a modificar a Constituição e, portanto, possível ainda o aprisionamento civil do depositário infiel. Esta última corrente de pensamento é esposada principalmente pela mais alta corte do país, o Supremo Tribunal Federal. Aquela, por sua vez, foi proclamada pela doutrina e jurisprudência mais afeta ao estudo dos direitos humanos.

É certo que, com a incorporação do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, já se apontou que a possibilidade de aprisionamento do depositário infiel teria reduzido seu âmbito de cabimento. Àqueles que já sustentavam o descabimento da imposição da medida coercitiva ao depositário na alienação fiduciária em garantia, somou-se novo argumento: porque o Pacto vedava a prisão quando do descumprimento de obrigação contratual, insustentável seria aprisionar civilmente o devedor fiduciante. Da mesma sorte, não caberia mais a prisão civil daquele que teria inadimplido contrato de depósito, mesmo quando se tratasse do depósito genuinamente estabelecido no antigo art. 1287 do Código Civil. Não

obstante, esses argumentos não foram colhidos pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que continuou a entender cabível a prisão civil para todo e qualquer depositário infiel, inclusive os equiparados.

A divergência de entendimentos é grande, mas reclama solução a fim de se precisar o alcance da garantia da vedação da prisão civil por dívida. Para tanto, imprescindível se faz localizar os tratados internacionais devidamente recepcionados no direito interno, pois é a partir da delimitação desse fator que se tornará possível resolver tais pontos controversos.

4.2 O processo de formação dos tratados no Direito brasileiro

A primeira fase do processo de formação dos tratados compreende os atos de negociação, conclusão e assinatura do tratado, que são da competência privativa do Poder Executivo (art. 84, VIII da Constituição de 1988). Assinado o tratado pela autoridade brasileira, a regra geral é a de que ainda não há irradiação de efeitos jurídicos vinculantes. A assinatura representaria, como regra geral, tão-somente que o tratado é autêntico e definitivo.

Fase que se segue é o encaminhamento do tratado assinado à apreciação e aprovação do Poder Legislativo, que detém competência exclusiva para resolver definitivamente sobre seu conteúdo e forma (art. 49, I da Constituição). A deliberação do Parlamento será realizada através da aprovação de um “decreto-legislativo”, que será promulgado pelo Presidente do Senado e publicado.

Se no referido decreto legislativo for manifestada a concordância do órgão legislativo, a próxima etapa compreenderá a ratificação do tratado pelo Poder Executivo, via decreto. Com a ratificação o tratado se torna obrigatório na ordem jurídica pátria, adquirindo exequutoriedade. Significa o aceite definitivo do tratado e irradia necessariamente efeitos no plano internacional.

Na seqüência, o instrumento de ratificação deve ser depositado em um órgão que assumirá a custódia do documento, como a ONU ou OEA.

Findo esse processo, questão que surge é se as normas plasmadas no tratado internacional desde já operam efeitos na ordem jurídica interna, derogando

normas da legislação nacional que lhe sejam contrárias, ou se o processo que culminou na ratificação apenas geraria ao Estado a obrigação de adotar, mediante leis próprias, as disposições do instrumento internacional, não se falando portanto em automática transformação do conteúdo do tratado em *jus receptum*.

Esse tema remete à famosa disputa doutrinária empreendida entre as escolas dualista e monista. Para os dualistas – cujo expoente foi Triepel – como existiria uma separação radical entre os ordenamentos jurídicos nacional e internacional a ratificação do tratado apenas produziria efeitos na ordem internacional, sendo, portanto, imprescindível a edição de lei nacional “transportando” o conteúdo do tratado para a ordem interna a fim de que as normas internacionais também irradiem efeitos no Direito interno. Já os monistas – cujo precursor foi Kelsen –, defendem que há uma unidade do ordenamento jurídico como um todo, portanto a ratificação importaria a produção de efeitos na ordem interna e internacional concomitantemente, de forma automática, sem a necessidade da edição de um novo diploma legal interno para que fosse possível aplicar *in concreto* o tratado na ordem interna.

Na Constituição brasileira não existe qualquer dispositivo que expresse qual posição doutrinária foi eleita para regular as relações entre o direito internacional e o direito interno⁵⁰. Por isso, controvertida é a resposta à sistemática de incorporação dos tratados, se é feita automaticamente ou de maneira não-automática⁵¹.

⁵⁰ Celso Mello, diante do fato de que as várias Constituições brasileiras não versaram sobre o tema, desabafa: “A omissão mostra o pequeno papel das relações internacionais da vida brasileira, bem como a ‘existência’ do Brasil mesmo como potência de 2ª classe na ordem internacional. A nossa atuação na própria América Latina depende de uma autorização prévia dos EUA.” (MELLO, C. A. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 24)

⁵¹ No meio doutrinário, predomina a tese de que o Brasil teria adotado a corrente dualista. Confirmam-se Flávia Piovesan (PIOVESAN, F. A incorporação, a hierarquia e os impactos dos tratados internacionais de proteção dos Direitos Humanos no Direito brasileiro. **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito brasileiro**. São Paulo: RT, 2000), Celso Duduvier de Albuquerque Mello (MELLO, C. D. de A. **Curso de direito internacional público**. 12ª ed.rev.e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 119) e Alexandre de Moraes (MORAES, A. de. **Direito Constitucional**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p.569-570).

Interpreta-se que o decreto do Poder Executivo seria a lei nacional de que falam os dualistas. Há quem se volte contra essa interpretação, como Sylvia Helena de Figueiredo Steiner (STEINER, S. H. de F. **A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro**. São Paulo: RT, 2000, p. 69-70) e Valério de Oliveira Mazzuoli (MAZZUOLI, p. 75), que defendem que o decreto presidencial não é lei em sentido estrito, a lei “transportadora” de que falam os dualistas. Polêmica à parte, inconteste que no Brasil não se exige a edição de nova lei, que reproduza o conteúdo *ipsis literis* do tratado para que então suas normas possam operar efeitos na ordem jurídica, no entanto, o decreto presidencial seria indispensável.

Não obstante, é tranqüilo no meio doutrinário e jurisprudencial que, tão-logo o tratado internacional passe pelas fases de assinatura, aprovação pelo Parlamento e ratificação pelo Executivo, ele se torna obrigatório no Direito interno. Não é necessária a edição de lei formal para a incorporação dos tratados no direito interno. Com o decreto presidencial – seja ele tradutor da adoção da concepção dualista ou monista – incorporado ao ordenamento jurídico está o tratado internacional. Destarte, considerando que tanto o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos como o Pacto de San José da Costa Rica passaram por todas as etapas de formação dos tratados, não há que se questionar a sua vigência no ordenamento jurídico pátrio, no máximo se poderia questionar sua relação com o direito interno.

É de se salientar que há doutrinadores de grande quilate que, com amparo no art. 5º, § 1º da Constituição Federal, defendem que quando os tratados versam sobre Direitos Humanos – como é o caso dos tratados em questão – inclusive seria desnecessário seguir todo o procedimento formal descrito. Com a mera assinatura ou adesão ao tratado internacional já teria este força obrigatória no direito interno pátrio. Essa teoria assumiria grande relevância no âmbito do presente trabalho caso o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos ou o Pacto de San José da Costa Rica tivessem sido apenas celebrados pelo Brasil e não tivessem sido submetidos à apreciação do Congresso e posterior ratificação do Executivo, mas ainda assume importância no que concerne a casos ocorridos no espaço de tempo entre a adesão brasileira aos tratados internacionais e a posterior ratificação⁵².

Veja-se o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento de medida cautelar na ADIn 1.480-DF, de relatoria do Min. Celso de Mello que analisava a Convenção nº 158 da OIT perante o ordenamento jurídico brasileiro: “O decreto presidencial que *sucede* à aprovação congressual do ato internacional e à troca dos respectivos instrumentos de ratificação, revela-se – enquanto momento culminante do processo de incorporação desse ato internacional ao sistema jurídico doméstico – manifestação *essencial e insuprimível*, especialmente se considerados os três efeitos básicos que lhe são pertinentes: a) a *promulgação* do tratado internacional; b) a *publicação oficial* de seu texto; e c) a *executoriedade* do ato internacional, que passa, então, e *somente então*, a vincular e obrigar no plano do direito positivo interno.” (itálico no original) (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar parcialmente deferida. MC na ADIn n. 1480/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. 04 set. 1997. DJ 18 mai. 2001, p. 429).

⁵² Esse entendimento foi construído basicamente sobre o art. 5º, § 1º da Constituição Federal de 1988, que prega que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” Aduz-se que os tratados internacionais, porque são normas, quando versassem sobre direitos e garantias fundamentais ingressariam no ordenamento jurídico com *status* de norma constitucional de maneira automática, sem que fosse necessário editar qualquer ato a fim de lhe conferir publicidade e demarcar o início de sua vigência.

Silvana Sampaio Arguelho após explanar o procedimento de incorporação dos tratados em geral ao ordenamento jurídico interno, ressalva: “Situação diversa ocorre quando a convenção tenha

Consignado, portanto, que os referidos tratados internacionais encontram-se em vigor no Direito brasileiro, resta analisar sua relação com as normas já então vigentes no momento de sua incorporação. É possível que algumas normas trazidas pelos tratados internacionais sejam incompatíveis com as normas internas, e até mesmo com a Constituição, logo, é preciso delimitar como se dará a solução do conflito, a fim de manter a harmonia do sistema.

4.3 A situação dos tratados internacionais diante das normas internas brasileiras

A jurisprudência atual do Colendo Supremo Tribunal Federal e o pensamento majoritário da doutrina é no sentido de que os tratados e convenções internacionais são recepcionados ao direito pátrio com força de lei infraconstitucional, independentemente de seu conteúdo, em regra⁵³. Respeitadas

por escopo a proteção dos direitos humanos. Neste caso, aplicável seria o preceito contido no § 1º do art. 5º da CF, *in verbis*: 'as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata'. Isto quer dizer que a incorporação do acordo ocorreria de forma automática, não sendo necessário nenhum ato com força legislativa para torná-lo obrigatório dentro da ordem interna.' (ARGUELHO, p. 111), Flávia Piovesan também é partidária da possibilidade da "invocação imediata de tratados e convenções de direitos humanos, dos quais o Brasil seja signatário, sem a necessidade de edição de ato com força de lei, voltado à outorga de vigência interna aos acordos internacionais". (PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 3º ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 103/114). Antônio Augusto Cançado Trindade, Juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sintetiza muito bem o entendimento exposto. Eis suas palavras: "A Constituição Federal brasileira de 1988 em seu art. 5º, § 2º, além de ter concedido tratamento especial e diferenciado aos direitos e garantias individuais internacionais consagrados, reconheceu e sancionou os tratados de proteção internacional dos direitos humanos. Neste contexto, se para os acordos internacionais em geral exigia-se a intermediação pelo Poder Legislativo, de modo a outorgar a suas disposições, vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente, no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é Parte, os direitos fundamentais neles garantidos passariam a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno. Ademais, com exceção de seis cláusulas contidas na Convenção Americana, que reclamariam a existência de lei ou medidas complementares, as demais seriam auto-aplicáveis – *self-executing*, seja em razão da obrigação que incorporam, bem como pelo seus caracteres de exigibilidade direta e imediata." (TRINDADE, A. A. C. **Instrumentos Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos**. Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado. São Paulo, 1996, p. 21 e ss.).

⁵³Segundo Luiz Flávio Gomes: "Desde 1977 o STF vem sustentando, em síntese, o sistema paritário (o tratado equivale à lei). A Constituição de 1988, embora contasse durante seus trabalhos com inúmeras contribuições, 'passou ao largo do problema', na expressão de Grandino Rodas (1991, p. 54). Logo, cuida-se de entendimento que não conflita com o texto constitucional atual, podendo-se afirmar que foi recepcionado." (GOMES, L. F. A questão da obrigatoriedade dos tratados e convenções no Brasil: particular enfoque da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. **Revista dos Tribunais**. Ano 83, vol. 710, p. 28, dez./1994).

certas condições, têm o poder de revogar normas internas⁵⁴. Não se reconhece qualquer vinculação do legislador interno ao conteúdo do compromisso internacional, de sorte que este pode livremente criar normas que contradigam o que foi estipulado internacionalmente, quando, muito embora não se opere o fenômeno da revogação, o tratado teria sua vigência suspensa. Destarte, reconheceu-se que, operando-se conflito entre lei e tratado, deveria vigor a manifestação última da vontade do legislador, mesmo que ao Estado pudessem ser aplicadas sanções internacionais⁵⁵.

O *leading case* que levou ao entendimento que até hoje é defendido a duras penas no Brasil foi o RE nº 80.004-SE, no qual o STF chegou à conclusão de que no ordenamento jurídico pátrio os tratados e convenções internacionais guardam estrita relação de paridade normativa com as leis ordinárias internas. É certo que, quando do julgamento do referido recurso, os Ministros se dividiram quanto suas opiniões, havendo quem se firmasse arraigadamente na teoria dualista – defendendo a necessidade de se reproduzir o conteúdo dos tratados por lei nacional – e havendo aqueles que proclamaram a aceitação da integração, com a ressalva de que as

No STF, julgados antigos consagravam o primado do Direito Internacional, afirmando a impossibilidade de revogação de um tratado por lei posterior ou da aplicação de lei posterior contrária àquele (Cf. Pedido de Extradução 7/1913, de 1914; ApCív 7.872, de 1943; ApCív 9.587, de 1951; todos mencionados por Celso de Albuquerque Mello em *Direito Constitucional Internacional*, Renovar, 1994, p. 343-344)” (CINTRA JUNIOR, D. A. A prisão civil do depositário infiel em face da Constituição Federal e dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos. **Revista dos Tribunais**, v. 89, setembro de 2000, p. 137).

No HC 72.131-RJ, no entanto, em que se discutiu o conflito entre a LUG e o Decreto-lei nº 427/69, ficou consignado que este deveria prevalecer, porque expressão última da vontade do legislador republicano, sem embargo das consequências do descumprimento do tratado no âmbito internacional. Garantiu-se a autoridade da lei mais nova pelo *lex posterior derogat priori*, porque entendeu-se não haver na Constituição garantia de privilégio hierárquico capaz de alterar sua estatura no ordenamento jurídico nacional.

⁵⁴ No âmbito do Direito intertemporal, tem-se, como regra geral, que se a lei não se destina a ter vigência temporária, é dita vigente até que surja outra norma, que lhe seja da mesma hierarquia ou superior, e a altere ou a revogue. Se a revogar totalmente, diz-se que operou a ab-rogação e a norma sai de circulação jurídica; se a revogar apenas parcialmente, teria havido a derrogação e apenas os dispositivos atingidos perderiam a obrigatoriedade. A revogação, se não dita expressamente no corpo da norma, pode ser tácita, quando houver incompatibilidade entre as leis nova e antiga, pelo fato de que a lei nova tenha passado a regular inteiramente a matéria tratada pela anterior. Aliás, se a lei nova apenas estabelecer disposições gerais ou especiais, sem conflitar com a antiga, não a terá revogado (LICC, art. 2º, § 2º). Sobre o assunto, DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 1º vol., 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 65.

⁵⁵ Sobre a impossibilidade de lei interna posterior substituir tratado internacional, cf. ACCIOLY, H. **Manual de Direito Internacional Público**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 60.

normas internas não poderiam ser revogadas ou invalidadas por tratados, em prol da soberania do país⁵⁶.

É de se ressaltar que o RE nº 80.004-SE foi julgado em junho de 1977, quando ainda vigente a Constituição de 1967, com as alterações trazidas pela Emenda Constitucional nº 01/69. No âmbito desta Carta indubitavelmente não havia qualquer norma que conferisse aos tratados hierarquia diferenciada, razão pela qual a Excelsa Corte entendeu por bem que deveriam ingressar com o mesmo *status* das leis em geral. Embora em planos distintos, conviveriam dentro de igual hierarquia⁵⁷.

No âmbito da Constituição Federal de 1988 a situação se mostra um tanto distinta. A diferença advém do que hoje dispõe o art. 5º, § 2º da Carta Magna. Embora substancialmente muito semelhante ao disposto no art. 150, § 35 da Constituição anterior⁵⁸, tem um *plus*: consagrou que direitos e garantias previstos nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte não de ser recepcionados como se norma constitucional fossem.

Outra conclusão não pode ser retirada do preceito. Não haveria sentido interpretá-lo como simples previsão de que os tratados que versem sobre direitos e garantias, uma vez incorporados ao ordenamento jurídico, teriam *status* de mera norma infraconstitucional e que, portanto, os direitos e garantias trazidos ao ordenamento jurídico poderiam ser livremente suprimidos por força da edição de simples lei ordinária. Esse regime já é reconhecido para todo e qualquer tratado internacional, como já se expôs. Há de se reconhecer que a inovação trazida pelo dispositivo vai além: dispôs que as normas decorrentes de tratados internacionais

⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso provido. RE n. 80004/SE. Belmiro da Silveira Goes e Sebastião Leão Trindade. Relator: Ministro Xavier de Albuquerque. 01 jun. 1977. DJ 29 dez. 1977, p. 9433.

⁵⁷ Para Celso Mello salienta que essa tendência seguida pelo Supremo Tribunal Federal é de um verdadeiro retrocesso na matéria, que não se justificaria pela ausência de tratamento constitucional sobre o tema: "Sustentar que a nossa Constituição é omissa nesta matéria significa apenas que a jurisprudência passa a Ter um papel mais relevante, mas não que a jurisprudência possa ignorar a tendência atual do direito nesta matéria adotando uma concepção de soberania que desapareceu em 1919, pelo menos entre os juristas." (MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso...*, p. 119)

⁵⁸ "Art. 150....

§ 35 - A especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota."

veiculadoras de direitos e garantias ingressam no ordenamento pátrio com grau hierárquico constitucional⁵⁹.

Ademais, ganha força essa tese ao se constatar que o dispositivo em questão foi incluído na Constituição por proposta de Cançado Trindade, então Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores, que, ao comentá-lo ressaltou a intenção da concessão de tratamento diferenciador aos direitos e garantias consagrados internacionalmente⁶⁰.

Flávia Piovesan é ferrenha defensora dessa tese. Segundo a autora, “da incorporação do Direito Internacional dos Direitos Humanos pelo Direito interno resulta no alargamento do universo de direitos nacionalmente garantidos. Com efeito, os tratados internacionais de direitos humanos reforçam a Carta de direitos prevista constitucionalmente, inovando-a, integrando-a e completando-a com a inclusão de novos direitos.”⁶¹

Para suprimir qualquer dúvida quanto à real intenção do art. 5º, § 2º da Constituição, invoca-se o resultado do julgamento da ADIn nº 939-7/DF, em que se buscava ver reconhecida a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 03/93⁶². O Supremo Tribunal Federal, partindo do dispositivo em comento, reconheceu que o princípio da anterioridade tributária, estipulado no art. 150, III, b da Constituição Federal, é garantia individual do contribuinte, motivo pelo qual não pode ser extirpado nem por emenda constitucional (art. 60, § 4º, IV da Constituição). Reconheceu, portanto, que uma garantia decorrente de um princípio constitucional, porque pertencente ao universo dos direitos e garantias constitucionais, não pode ser suprimida do ordenamento jurídico pátrio. Ora, a mesma norma constitucional que possibilitou a formação de tal entendimento pela Excelsa Corte prevê tratamento

⁵⁹ Logo, sem razão Alexandre de Moraes, quando diz que: “... a enumeração do art. 5º da Constituição não exclui a existência de outros direitos e garantias individuais, de *caráter infraconstitucional*, decorrente dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, ...” (MORAES, p. 136)

⁶⁰ Dispôs o jurista: “O disposto no artigo 5 (2) da Constituição Brasileira de 1988 vem dar testemunho disso, além de inserir-se na nova tendência de recentes Constituições latino-americanas de conceder um tratamento especial ou diferenciado também no plano do direito interno aos direitos e garantias individuais internacionalmente consagrados.” (TRINDADE, A. A. C. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 631)

⁶¹ PIOVESAN, **Direitos Humanos...**, p. 116.

⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação procedente em parte. ADIn n. 939/DF. Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio e Presidente da República/Congresso Nacional. Relator: Ministro Sydney Sanches. 15 dez. 1993. DJ 18 mar. 1994, p. 5165.

idêntico entre os direitos e garantias decorrentes dos princípios adotados pela Constituição e os decorrentes dos tratados internacionais celebrados pelo Brasil. Desta forma, por congruência, impõe-se o reconhecimento de que os direitos e garantias trazidos por tratados internacionais também integram o rol dos direitos e garantias constitucionalmente protegidos, o que, em última análise, implica reconhecer o *status* constitucional dos tratados dessa natureza⁶³.

Portanto, para concluir, muito embora a jurisprudência e a doutrina em geral ainda não tenha se atentado, forçoso é reconhecer que com o advento da Constituição de 1988 instalou-se, no que tange à hierarquia dos tratados, um sistema misto, de modo a conjugar regimes jurídicos diferenciados: um atinente aos tratados tradicionais e outro relacionado aos tratados de direitos humanos. A força dos tratados tradicionais é de ser dita paritária a das leis internas do país, enquanto os tratados que versem sobre direitos e garantias haverão de ser reconhecidos com o *status* de norma constitucional⁶⁴.

4.4 O *status* constitucional dos tratados que consagram direitos e garantias

O art. 5º, § 2º da Constituição Federal pátria cuida de assegurar que os direitos e garantias expressamente dispostos no bojo constitucional não seriam exaustivos: a eles se agregariam também outros que, muito embora não expressos, decorressem do regime e dos princípios adotados pela Carta Magna brasileira ou de tratados internacionais a que o Brasil houvesse aderido⁶⁵.

⁶³ Nesse sentido, Vicente Barreto (BARRETO, V. Dos direitos individuais e coletivos. **Constituição de 1988: o avanço do retrocesso**. Rio de Janeiro: Rio Fundo Ed., 1990, pp. 50-51).

⁶⁴ É de se anotar que essa preocupação em ver consagrado o *status* constitucional atingiu também o Poder Legislativo. Na tentativa de dar cabo à celeuma, consta na Proposta de Emenda Constitucional nº 96-E, que cuida da Reforma do Poder Judiciário, a previsão da inserção de um parágrafo 3º ao art. 5º da Constituição Federal, com a seguinte redação: "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais". Não foi o melhor caminho seguido pelo legislador, porém terá seu mérito se aprovada, mormente porque conduzirá necessariamente a uma mudança de visão por parte do Supremo Tribunal Federal sobre o reconhecimento da força dos Direitos Humanos.

⁶⁵ Lembra Valério de Oliveira Mazzuoli (MAZZUOLI, p. 112-3) que o preceito enunciado no art. 5º, § 2º da Constituição de 1988 tem origem na Carta Constitucional de 1891, cujo art. 78 dispunha: "A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna". As Constituição que vieram na sequência já traziam redação muito parecida

Como já se pontuou, é inegável que os tratados que prevêem direitos e garantias ao serem recepcionados assumem feição de norma constitucional. Não se incorporam propriamente no texto constitucional – já que somente às emendas constitucionais é reconhecido o poder de modificá-lo – mas adquirem a proteção decorrente do art. 60, § 4º da Lei Maior, do que decorre a insuscetibilidade de serem suprimidos sequer pela via da emenda constitucional. Ademais, prescindiriam da ratificação do Poder Executivo para poderem ser invocados na ordem interna. Não obstante, a resistência à assunção desse fato é grandiosa.

Mesmo com o advento da nova Constituição, há julgados de ambas as Turmas do Supremo que insistem na manutenção da tese subsistente ao tempo da Constituição anterior, negando, portanto, qualquer outra força aos tratados que não o de lei infraconstitucional. No RE nº 253.071/GO⁶⁶, o Rel. Min. Moreira Alves consignou na ementa que “o § 2º do artigo 5º da Constituição não se aplica aos tratados internacionais sobre direitos e garantias fundamentais que ingressaram em nosso ordenamento jurídico após a promulgação da Constituição de 1988, e isso porque ainda não se admite tratado internacional com força de emenda constitucional.” No HC nº 73.044/SP⁶⁷, restou declarado que os tratados internacionais “não minimizam o conceito de soberania do Estado-povo na elaboração de sua Constituição”. Mais específico e incisivo, porém, foi o RHC 79.785/RJ⁶⁸, no qual se estabeleceu que há “prevalência da Constituição, no Direito

com a que se tem hoje, com exceção da referência aos tratados internacionais, que só surgiu com a Carta da República de 1988. Essa tradição inspirou-se na Emenda IX à Constituição norte-americana de 1787, que enunciava que “The enumeration in the Constitution, certain rights, shall not be construed to deny or disparage other, retained by the people” (“A enumeração de certos direitos na Constituição não deverá ser interpretada como anulando ou restringindo outros direitos conservados pelo povo”). No entanto, a ampliação que a Constituição de 1988 trouxe, segundo o autor, “além de ampliar os mecanismos de proteção da dignidade da pessoa humana, veio, ademais, reforçar e engrandecer o princípio da prevalência dos direitos humanos, consagrado pela Carta de 1988 como um dos princípios pelo qual a República Federativa do Brasil se rege nas suas relações internacionais (CF, art. 4º, II)”.

⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso provido. RE n. 253071/GO. Ministério Público Estadual. José Carlos Oliveira Nunes. Relator: Min. Moreira Alves. 29 mai. 2001. DJ 29 jun. 2001, p. 61.

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ordem indeferida. HC n. 73044-SP. Paulo Sandoval Moreira e Ednézio Geraldo de Paula Silva. Rel.: Ministro Maurício Corrêa. 19 mar. 1996. DJ 20 set. 1996, p. 13.

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso desprovido. RHC n. 79785/RJ. Jorgina Maria de Freitas Fernandes e Ministério Público Federal. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. 29 mar. 2000. DJ 22 nov. 2002, p. 57.

brasileiro, sobre quaisquer convenções internacionais, incluídas as de proteção aos direitos humanos,...”.

Não obstante, é interessante consignar que a matéria tem merecido especial atenção por alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal, como é o caso do Min. Carlos Velloso e do Min. Marco Aurélio, que insistentemente vêm defendendo a necessidade de se reconhecer *status* constitucional aos tratados internacionais que prevejam direitos e garantias⁶⁹. Ademais, alguns dos mais ferrenhos defensores do tratamento paritário conferido aos tratados recentemente foram substituídos em decorrência de suas aposentadorias, e outros ainda hão de deixar a Suprema Corte nos próximos anos, situação que gera expectativas quanto à possibilidade de reformulação do pensamento predominante do Supremo Tribunal Federal.

Em sede doutrinária – principalmente no setor mais preocupado com os direitos humanos – encontram-se posicionamentos dos mais diversos que buscam refutar o então vigente entendimento do Supremo Tribunal Federal. Alguns insistem no tratamento diferenciado entre os tratados que trazem direitos e garantias e os tratados em geral, nos moldes já expostos. Outros vão além, questionando as razões que sustentam a impossibilidade de os tratados internacionais ingressarem no ordenamento interno com *status* de norma constitucional. Há ainda aqueles que, diante da posição do Supremo Tribunal Federal, realizam construções a fim de sustentar ao menos a supremacia dos tratados diante das leis ordinárias.

Um dos grandes argumentos contra a recepção dos tratados como se norma constitucional fosse é a de que, sendo reconhecida tal situação, estar-se-ia criando mecanismo de fraudar todo o rigor que prevê a Constituição para a modificação de seu conteúdo ou acréscimo de disposições. Ou, em última análise, reportando-se ao que foi consignado no HC 73.044-SP, estar-se-ia reconhecendo a um instrumento

⁶⁹ Em seu voto vencido no RHC 79.785-RJ, o Min. Carlos Velloso fez consignar importantíssimo pensamento, que merece ser transcrito: “Srs. Ministros, tenho sustentado a tese no sentido de que são três as vertentes ‘dos direitos e garantias’ na ordem jurídico-constitucional brasileira. Os primeiros, os ‘*direitos e garantias fundamentais*’ expressos na Constituição, vale dizer, o que estão escritos, em primeiro lugar, no art. 5º, espalhando-se pela Constituição, dado que a Carta Magna consagra direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira geração. A segunda vertente, Srs. Ministros, são aqueles ‘*direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados*’ (C.F., art. 5º, § 2º); e terceira, são os decorrentes ‘*dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*’ (C.F., art. 5º, § 2º). É dizer, os ‘*direitos e garantias fundamentais*’ reconhecidos em tratados de que o Brasil seja signatário, os quais hajam sido introduzidos no direito interno na forma estabelecida pela Constituição Federal, ganham status de ‘*direitos e garantias*’ garantidos pela própria Constituição.” (itálico no original)

internacional a possibilidade de ir contra a “soberania do Estado-povo na elaboração de sua Constituição”. Carlos Weiss⁷⁰ sustenta que não há razão legítima a se ver com estranheza a possibilidade de um tratado internacional ingressar no ordenamento jurídico interno na qualidade de norma constitucional. Argumenta que:

Trata-se *[sic]* de sistemas absolutamente distintos e que operam através de mecanismos próprios, desde a confecção até a entrada em vigor da norma. Assim, se as emendas constitucionais extraem sua legitimidade da maioria qualificada existente para sua aprovação, no campo internacional chega-se a semelhante resultado diante do complexo processo de elaboração dos tratados. (...) Então, ainda que a ratificação somente exija maioria simples, sua incorporação ao direito interno passa necessariamente pelo crivo dos dois Poderes que representam a vontade popular.

Eduardo Talamini⁷¹, na mesma seara:

Pode-se dizer, em resposta, que *também é furto da soberania popular* o § 2º do art. 5º da Constituição, que previu a incorporação à Constituição dos atos internacionais que veiculem direitos e garantias fundamentais – não bastasse ser esta uma regra inerente ao Estado de Direito. Mais ainda, também é decorrência da soberania popular a ratificação do ato internacional pelo Congresso Nacional, com base em competência que lhe foi *constitucionalmente* atribuída. (itálico no original)

O entendimento de que é necessário preservar a lei fundamental do Estado acima de quaisquer disposições normativas internacionais que lhe venham a confrontar, ainda que isso signifique a prática de um ilícito pelo qual o Estado possivelmente responderá no plano externo, enseja um problema sério na visão de Flávia Piovesan. Segundo a autora, essa posição que autoriza o Estado-parte a violar dispositivos da ordem internacional, aos quais teria se comprometido a cumprir de boa-fé perante os demais organismos internacionais, afronta diretamente o disposto no art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que determina que o Estado-parte não pode invocar posteriormente disposições de direito interno como justificativa para o não cumprimento de tratado. Ainda, seria de se ressaltar que se o Estado-parte deseja deixar de cumprir um tratado, deveria

⁷⁰ WEISS, C. **Direitos humanos contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 34-35.

⁷¹ TALAMINI, Prisão civil e penal e..., p. 45.

manifestar esse entendimento por meio da denúncia do tratado e não simplesmente dá-lo por inaplicável na ordem interna porque incompatível, quando então persistiria sua responsabilidade na ordem internacional⁷².

Valério de Oliveira Mazzuoli⁷³ acentua que permitir que um compromisso internacional perca vigência em virtude da edição de lei posterior que com ele conflite seria o mesmo que possibilitar que um tratado possa, unilateralmente, ser revogado por um dos Estados-parte, o que não é permitido e tampouco compreensível⁷⁴. Salaria, ainda, que não raras vezes o objetivo do tratado é justamente incidir sobre situações que deverão ser observadas no plano interno dos Estados signatários, daí porque entende que ao aprovar um tratado internacional o Poder Legislativo estaria se comprometendo a não editar leis a ele contrárias⁷⁵. Conclui esse autor defendendo que os tratados internacionais comuns ratificados pelo Brasil situar-se-iam em um nível hierárquico intermediário: estariam abaixo da Constituição, mas acima da legislação infraconstitucional, não podendo ser

⁷² Nas palavras da autora: "Acredita-se que o entendimento firmado a partir do julgamento do Recurso Extraordinário 80.004 enseja, de fato, um aspecto crítico, que é a sua indiferença às consequências do descumprimento do tratado no plano internacional, na medida em que autoriza o Estado-parte a violar dispositivos da ordem internacional – os quais se comprometeu a cumprir de boa-fé. Esta posição afronta, ademais, o disposto pelo artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que determina não poder o Estado-parte invocar posteriormente disposições de direito interno como justificativa para o não cumprimento de tratado. Tal dispositivo reitera a importância, na esfera internacional, do princípio da boa-fé, pelo qual cabe ao Estado conferir cumprimento às disposições de tratado, como qual livremente consentiu. Ora, se o Estado no livre e pleno exercício de sua soberania ratifica um tratado, não pode posteriormente obstar seu cumprimento. Além disso, o término de um tratado está submetido à disciplina da denúncia, ato unilateral do Estado pelo qual manifesta seu desejo de deixar de ser parte de um tratado. Vale dizer, em face do regime de direito internacional, apenas o ato da denúncia implica na [sic] retirada do Estado de determinado tratado internacional. Assim, na hipótese de inexistência do ato da denúncia, persiste a responsabilidade do Estado na ordem internacional." (PIOVESAN. A incorporação..., p. 166)

⁷³ MAZZUOLI, p. 80.

⁷⁴ Segundo informa Dyrceu Aguiar Cintra Junior (CINTRA JUNIOR, p. 137/8), "A norma internacional tem sua forma própria de revogação, a *denúncia*. Só pode ser alterada por outra norma de categoria igual ou superior, internacional, e não por lei interna. É o que tem sustentado o Juiz Antonio Carlos Malheiros, em diversos votos, com apoio na doutrina de Haroldo Valladão e do Min. Philadelpho Azevedo, para sustentar a inconstitucionalidade da prisão de depositário de bem por força do que dispõe a Convenção Americana de Direitos Humanos (v.g. 1º TACivSP, HC 674.380-2, j. em 14.02.1996)."

⁷⁵ Aliás, prossegue o autor, vigente e eficaz o tratado na ordem interna, cada um dos Poderes deveria cumprir a sua parte nesse processo: ao Legislativo caberia aprovar as leis necessárias, abstenendo-se de votar as que lhe sejam contrárias; ao Executivo ficaria a tarefa de bem e fielmente regulamentá-las, fazendo todo o possível para o cumprimento de sua fiel execução; ao Judiciário incumbiria o papel preponderante de aplicar os tratados internamente, bem como as leis que o regulamentam, afastando-se da aplicação de leis nacionais que lhe sejam contrárias.

revogados por lei posterior, posto não se encontrarem em situação de paridade normativa com as demais leis nacionais.

Sylvia Helena de Figueiredo Steiner⁷⁶ critica o argumento de que o tratado não poderia ser recepcionado como se norma constitucional fosse porque poderia vir a restringir direitos e modificar cláusulas pétreas. Invoca, para tanto, a própria Convenção Americana sobre a interpretação dos tratados, que contém dispositivo que determina não poderem ser invocados os direitos previstos na Convenção para limitar o gozo e o exercício de qualquer direito ou liberdade reconhecidos pelo ordenamento interno. Assim, quando houvesse conflito da norma convencional diante da norma constitucional, a solução não seria pelo afastamento de plano da norma internacional: a aparente antinomia deveria ser solucionada pela interpretação.

No entanto, a crítica mais veemente sobre o posicionamento do Supremo Tribunal de Justiça toca o tratamento igualitário que aplica a todos os tratados e convenções internacionais, independentemente de seu conteúdo. Partindo de alguns dispositivos constitucionais, defende-se que, muito embora a Constituição brasileira não tivesse definido o *status* que deveriam ser recepcionados os tratados em geral, ao menos quanto aos tratados que versassem sobre direitos e garantias fundamentais o legislador constituinte haveria tomado um cuidado maior, permitindo sua inserção no ordenamento jurídico pátrio como norma constitucional. É essa a diretriz que os juristas deveriam ter por base de raciocínio quando diante de tratados consagradores de direitos e garantias ao indivíduo, porque não foi outra a intenção da Carta de 1988.

Diante desse panorama, há de se reconhecer que as normas contidas no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos - bem como as presentes no Pacto de San José da Costa Rica – foram incorporadas ao Direito brasileiro com *status* de norma constitucional. Conclusão diferente não seria possível diante da inegável carga garantística e criadora de direitos presentes em seu conteúdo. Negar-lhes essa situação redundaria deixar de reconhecer qualquer valor à inovação constitucional presente no art. 5º, § 2º e, mais ainda, ao princípio da prevalência dos direitos humanos, insculpido no art. 4º, II da Carta Magna.

⁷⁶ STEINER, p. 75.

5 A GARANTIA DA VEDAÇÃO DA PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL

5.4 A realidade do não-cabimento do aprisionamento civil de todo e qualquer depositário infiel

Reconhecido o grau hierárquico constitucional às normas garantísticas existentes no bojo do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e do Pacto de San José da Costa Rica, mister se faz tecer os reflexos oriundos de seus ingressos ao Direito pátrio.

O texto do art. 5º, LXVII da Constituição brasileira permanece íntegro. Tratados internacionais não são emendas constitucionais, não têm o poder de alterar o texto constitucional. No entanto, a garantia da vedação da prisão civil por dívida, que até o advento dos tratados supra referidos – em especial o Pacto de San José da Costa Rica – não era reconhecida ao depositário infiel passa a garanti-lo. Incrementou-se a garantia, que hoje apenas não alcança tão-somente o responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia. Logo, a única prisão hoje admitida pelo ordenamento jurídico pátrio é a daquele que descumpre ordem judicial expedida em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar sem que, para tanto, tivesse motivo justo⁷⁷.

Não há motivo para estranhar que o permissivo da prisão do depositário infiel ainda persista no texto constitucional e não surta qualquer efeito, não podendo, portanto ser invocado. Aliás, tendo em vista a técnica legislativa de elaboração da Constituição – que previu inúmeros dispositivos não aplicáveis até que adviesse norma regulamentadora – o que faz com que grande parte do que hoje se lê na Carta constitucional não tenha qualquer eficácia ou valia – a situação que surge é de ser encarada com toda a normalidade.

⁷⁷ Adiante-se que, muito embora o Pacto de San José da Costa Rica plasme a possibilidade da detenção por dívidas em virtude de “inadimplemento de obrigação alimentar”, sem tocar o elemento subjetivo plasmado na Constituição (“voluntário e inescusável”), não ficou autorizada toda e qualquer prisão civil do devedor de alimentos. A garantia constitucional da vedação da prisão civil por dívida já protegia o devedor alimentante desprovido de concreta possibilidade de pagamento de seu débito e a norma contida no Pacto não pode ser interpretada no sentido de que esta garantia teria sido suprimida. Nunca é tarde para lembrar que a norma presente no art. 5º, § 2º da Constituição apenas autoriza o incremento de direitos e garantias, nunca a supressão de qualquer deles, o que inclusive não seria possível por força do que dispõe o art. 60, § 4º, IV da própria Carta Constitucional.

A garantia da vedação da prisão civil do depositário infiel é uma realidade que nasceu com a inclusão no ordenamento jurídico brasileiro do Pacto de San José da Costa Rica e que deveria ser respeitada em toda sua magnitude. Não entanto, não é o que ocorre no seio de grande parte dos tribunais pátrios, que, como já demonstrado, insistem na defesa da tese de que os tratados, porque normas de mesma hierarquia que as leis nacionais comuns, não teriam o condão de afetar o disposto na Constituição.

O pensamento dessas Cortes, que nega vigência ao art. 5º, § 2º, é tão cerrado que nem ao menos se atenta que os tratados internacionais não são figuras meramente decorativas. Se vigoram no direito interno, ainda que com força de norma ordinária, produzem efeitos aos quais se deve observar. Se, conforme se sustenta, não têm o poder de afastar o permissivo constitucional da prisão do depositário infiel, por outro lado, por coerência lógica, haveria de se admitir que têm a força de modificar o disposto na legislação infraconstitucional ao menos. É o que a doutrina preocupada com os direitos humanos busca demonstrar, mormente enquanto os tribunais pátrios não reconhecem o *status* constitucional dos tratados internacionais que versem sobre direitos e garantias. Se não é reconhecido o caráter garantístico que impede o aprisionamento do depositário infiel, há ainda outras razões aptas a atacar a subsistência do encarceramento civil do depositário infiel.

Pois bem, o principal efeito que se aponta é que o Pacto de San José da Costa Rica, ao ter sido incorporado ao Direito brasileiro, teria derogado a norma instituidora do depósito (art. 1287 do Código Civil de 1916) e a norma instrumentalizadora da prisão civil (arts. 902, § 1º e 904, § único do Código de Processo Civil), porque seria lei nova e geral (como quer o Supremo Tribunal Federal).

Consoante defendem Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Restiffe⁷⁸, tanto o Código Civil como o Código de Processo Civil são leis gerais ordinárias, que criam e cominam a prisão civil. Por outro lado, os tratados incorporados formalmente ao direito interno são ditos normas comuns do mesmo nível hierárquico infraconstitucional das leis ordinárias e com eficácia de lei de caráter geral, como já se apontou. Sendo assim, opera-se na prática um conflito aparente de normas de

⁷⁸ RESTIFFE NETO e RESTIFFE, p. 38.

caráter geral, cuja solução somente se pode dar aplicando-se o critério cronológico de solução de conflitos de leis, qual seja *lex posterior derogat priori*. Com isso, restariam derrogadas as normas instituidora do depósito plasmada no Código Civil e a cominadora do Código de Processo Civil. Nas palavras dos autores: “Vale dizer, está derrogada, independentemente de qualquer outra nova lei, a norma geral inscrita no art. 1287 do CC⁷⁹, que é a fonte ordinária geral anterior de onde emanava a responsabilidade civil do depositário que o sujeitava à prisão compulsiva de até um ano, a fim de fazê-lo restituir o objeto do depósito quando processualmente exigido.”

80

Não obstante, continuam os autores, operada a derrogação da fonte normativa de lei geral da prisão civil do depositário infiel, de conseqüência restaram esvaziadas as remissões ou reportagens a ela feitas em leis especiais; e a correspondente ação que assegura ao depositante o exercício do direito de pedir tutela jurisdicional para pleitear a restituição do bem depositado mediante compulsão corporal resta ineficaz. Assim, normas como o Decreto-lei 911/69, que não cominavam a prisão civil do infiel depositário mas tão somente fazia remissão aos Códigos Civil e Processual Civil não mais subsistiriam na parte em que dispunham sobre a prisão civil⁸¹.

Diante desse quadro, a situação que se teria no plano normativo infraconstitucional até o advento do Código Civil de 2002 seria a seguinte: a Constituição continuaria a autorizar expressamente a prisão civil do depositário, mas inexistiria lei infraconstitucional que cominasse a prisão civil por infidelidade depositária, logo, o permissivo constitucional não seria auto-aplicável. O problema não seria de inconstitucionalidade, mas simplesmente de ausência de legalidade, razão pela qual, segundo lembra Valério de Oliveira Mazzuoli⁸², a solução a ser

⁷⁹ Artigo do Código Civil de 1916.

⁸⁰ RESTIFFE NETO e RESTIFFE, p. 47.

⁸¹ Como bem pontua Valério de Oliveira Mazzuoli (MAZZUOLI, p. 94), “... a Lei nº 4728/65, que equipara o devedor-fiduciante ao infiel depositário ‘com todas as responsabilidades que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal’, ficou esvaziada em seu conteúdo compulsivo prisional, é dizer, perdeu seu sustentáculo, sua base, pois equipara a responsabilidade do devedor a algo que não mais existe. Abolida a responsabilidade de ser o infiel depositário levado à prisão, todas as leis que a esta responsabilidade fazem remissão ou envio, perderam seu sustento, ficando, por isso, esvaziadas em seu conteúdo compulsivo.”

No mesmo sentido, Irineu Jorge Fava (FAVA, I. J. Depositário infiel. Prisão civil. *Revista de Direito Privado*. Ano 1, p. 170, jan.mar./2000).

⁸² MAZZUOLI, p. 106.

dada na interpretação do conflito entre a lei federal e os tratados internacionais vigentes passa, agora, para o Colendo Superior Tribunal de Justiça, guardião natural do direito infraconstitucional (CF, art. 105, III, a)⁸³.

Este pensamento contou com a simpatia do Min. Marco Aurélio, que, em seu voto vencido no HC nº 74.383-8/MG⁸⁴, fez consignar: “temos que o Brasil subscreveu o Pacto de São José da Costa Rica que, todos sabemos, coloca-se no mesmo patamar da legislação ordinária, o que implica dizer que esta, no que previa a prisão de certos devedores, ficou revogada, quando passou a ser obrigatório o Pacto de São José da Costa Rica. Para ser mais preciso, restou ab-rogada.” Porém, não tem contado com a simpatia dos demais componentes da Excelsa Corte.

5.5 O novo Código Civil: inconstitucionalidade do art. 652

Com o advento do Código Civil de 2002, em substituição ao *Codex* de 1916, que trouxe dispositivo idêntico ao do art. 1287 do antigo Código Civil, novos questionamentos sobre a prisão civil do depositário hão de ser formulados, como já o vêm sendo na doutrina mais recente.

Afinal, se revogado estava o art. 1287 do Código Civil de 1916, o que gerou a inexistência de norma infraconstitucional autorizadora da cominação da prisão civil e a conclusão de que não haveria de se cogitar prisão civil de depositário infiel seja de que espécie fosse, poder-se-ia entender que com a restauração do dispositivo a coerção pessoal do depositário infiel poderia ter readquirido sua legalidade.

É o que sustentaram Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Restiffe. Embora não tenham tratado a questão diretamente, revelaram em seu artigo passagens que permitem concluir que, em suas visões, o art. 652 do Código Civil “revogaria” o

⁸³ Sobre a questão da legalidade, mais uma vez se invoca o voto vencido do Min. Francisco Rezek, no HC nº 74.383-3/MG: “... o inciso LXVII proíbe a prisão por dívida e, ao estabelecer a exceção possível, permite que o legislador ordinário discipline a prisão do alimentante omissor e do depositário infiel. Permite, não obriga. O constituinte não diz: prenda-se o depositário infiel. Ele diz: é possível legislar nesse sentido.”

Na doutrina, sobre a ausência da inaplicabilidade do preceito constitucional por ausência de regulamentação em lei infraconstitucional: Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Restiffe (RESTIFFE NETO e RESTIFFE, p. 48 e ss) e Adriana A. da Costa de Paula Alves (ALVES, p.179)

Pacto de San José da Costa Rica, repristinaria o art. 1287 do Código Civil de 1916 e então preencheria o vazio que impede a cominação de prisão civil nas ações de depósito e de apreensão de títulos previstas no Código de Processo Civil⁸⁵.

José Miguel Garcia Medina, por sua vez, reconhecendo que os tratados internacionais de que o Brasil seja parte têm rigidez constitucional, defende que o Código Civil de 2002 não teria o condão de derogar a vedação da prisão civil constitucionalmente garantida, dado que o critério da hierarquia na interpretação das normas deve prevalecer sobre o cronológico. Disso conclui que não é possível aplicar norma hierarquicamente inferior em detrimento da superior⁸⁶.

No mesmo sentido, Erika Maria Cardoso Fernandes, invocando a natureza constitucional com que são recepcionados os tratados que versam sobre os direitos humanos⁸⁷:

... poder-se-ia perguntar como ficaria a questão atinente à possibilidade de prisão civil do depositário infiel, estando em vigor o novo Código Civil (Lei nº 10.406/02), o qual, em seu art. 652, traz redação idêntica à do art. 1.287 do Código Civil de 1916. Será que mudará a situação (possibilidade de prisão civil), tendo em vista que o novo Código Civil é lei posterior? Claro que não! Por que, conformidade com o art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, tendo os tratados de proteção dos direitos humanos, tal como o Pacto de San José da Costa Rica, "ingressado em nosso ordenamento jurídico com a natureza de *norma constitucional*, é como se constitucionais fossem, e assim sendo, o novo Código Civil, mesmo sendo lei nova e posterior, nenhum poder terá de modificar um texto constitucional".

⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ordem concedida. HC n. 74383-MG. Wanderley de Medeiros e Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Relator: Néri da Silveira. 22 out. 1996. DJ 27 jun. 1997, p. 30227.

⁸⁵ "E esse vazio na normatividade infraconstitucional mantém desfalcada a alternativa da prisão compulsiva no mecanismo da ação de depósito e da ação de apreensão de títulos do Código de Processo Civil, até que entre em vigor o art. 652 do novo CC, que repristina o art. 1287 do atual CC" (RESTIFFE NETO e RESTIFFE, p. 48). "Logo, não há responsabilidade civil cujo cumprimento possa ser exigível coercitivamente sob cominação de prisão civil, seja no depósito genuíno, seja no depósito derivado, como no da alienação fiduciária em garantia, penhor mercantil, rural, etc., até que outra norma revogue o Pacto de São José da Costa Rica, repristinando a antiga redação do art. 1287 do CC e preenchendo o vazio deixado nos arts. 885, 902 e 904 do CPC" (RESTIFFE NETO e RESTIFFE, p. 52).

⁸⁶ MEDINA, J. M. G. Notas sobre a Constitucionalidade da Prisão Civil do Depositário Infiel, à Luz da Redação do art. 652 do Novo CC (Lei 10.406/2002). **Revista dos Tribunais**, v. 810, p.11-14, abril/2003.

⁸⁷ FERNANDES, E. M. C. A Prisão Civil no Leasing de acordo com o Novo Código Civil, Lei n. 10.406/2002. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 50, n. 302, p. 42-3, dez./2002.

Outro autor a tratar do tema foi Valério de Oliveira Mazzuoli, que na última edição de sua obra inseriu um capítulo intitulado "Um problema ainda futuro: o Novo Código Civil brasileiro (Lei nº 10.406/2002) e a Prisão do Infiel Depositário". Porque também reconhece o ingresso dos tratados que modificaram o panorama da prisão civil do depositário infiel com a natureza de norma constitucional e que suas normas constituem cláusulas pétreas, defende que a nova lei civil (art. 652) é flagrantemente inconstitucional, porque afrontaria diretamente preceito constitucional, e assim deve ser reconhecida⁸⁸.

A tese da inconstitucionalidade da norma do art. 652 do atual Código Civil tem todo fundamento. O Pacto de San José da Costa Rica, norma de *status* constitucional, fez com que se operasse o elastecimento da garantia da vedação da prisão civil por dívidas de forma que ficou extirpada a possibilidade de aprisionamento civil do depositário infiel. Em assim sendo, leis infraconstitucionais que cominam a prisão civil do depositário não de ser reputadas inconstitucionais, porque violentadoras da garantia constitucional.

Por outro lado, é sabido que a orientação do Supremo Tribunal Federal é no sentido da negação do *status* constitucional aos tratados internacionais e que uma norma interna teria o condão de retirar a eficácia da norma anterior prevista em tratado internacional. Já se atentou para o perigo deste raciocínio, que afronta a boa-fé internacional e representa grande descaso ao produto normativo internacional e deve ser repudiado, mas a Excelsa Corte insiste em mantê-lo, em nome de uma noção de soberania que hoje está francamente em decadência⁸⁹. Porém, mesmo nesse ambiente insólito aos tratados internacionais, há uma esperança: o art. 652 poderia ter restaurado a legalidade da prisão do depositário, mas não estipulou a forma como dar-se-ia o arresto pessoal, e, dado que os dispositivos do Código de

⁸⁸ Não obstante, entende que o caso do devedor-fiduciante, com o advento do Código Civil de 2002, não é de tão fácil solução. Como o Decreto-lei nº 911/69 não teria sido revogado pelo Pacto de San José da Costa Rica, não se poderia falar que se operou agora sua reprivatização, mas seria possível sustentar que aquelas normas que se remetiam ao Código Civil ver-se-iam novamente preenchidas em seu conteúdo, restabelecendo-se o antigo vigor compulsivo de se impor ao devedor a medida prisional. A grande questão que se tem de ter em mente é que o art. 652 do Código Civil de 2002 é inconstitucional, de modo que o Decreto-lei nº 911/69 continua a equiparar o devedor do contrato de alienação fiduciária a algo que continua a não existir, perpetuando-se como uma norma eternamente vazia no que toca à imposição a esse devedor da medida coativa da prisão. (MAZZUOLI, p. 177 e ss)

Processo Civil que instrumentalizavam a ação de depósito foram derogados pelo Pacto de San José da Costa Rica, a medida se torna inaplicável, por ausência de parâmetros para aferir o cumprimento do devido processo legal.

4.3. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos como alternativa última diante do não-reconhecimento da garantia na ordem interna

Conforme expõe Valério de Oliveira Mazzuoli⁹⁰, com amparo no art. 44 do Pacto de San José da Costa Rica⁹¹, a vítima de ordem prisional expedida por juiz ou tribunal - seja em caso de infidelidade depositária típica ou seja nos casos de alienação fiduciária em garantia - pode dirigir-se à Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pleitear a reparação do mal causado em virtude do descumprimento, pelo Poder Judiciário, daquilo que foi acordado em sede convencional⁹².

Diante de tal pleito, a Comissão poderá recomendar ao país que se abstenha de dar continuidade ao cumprimento da ordem prisional (art. 51, nº 2) ou,

⁸⁹ Lembra José Geraldo de Jacobina Rabello que a soberania do Estado já não é mais absoluta em dois campos, quais sejam, o meio ambiente e aquele que entende com os direitos humanos (RABELLO, p. 121).

⁹⁰ MAZZUOLI, p. 181.

⁹¹ Dispõe referido artigo que: "qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-membros da Organização, pode apresentar à Comissão [Interamericana de Direitos Humanos] petição que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado-parte".

⁹² Segundo o art. 46, § 1º do Pacto de San José da Costa Rica, "para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário:

a) que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos.

b) que seja apresentada dentro, do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva;

c) que a matéria da petição ou comunicação não esteja pendente de outro processo de solução internacional.

d) que, no caso do artigo 44, a petição contenha o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa ou pessoas ou do representante legal da entidade que submeter a petição.

2. As disposições das alíneas 'a' e 'b' do inciso I deste artigo não se aplicarão quando:

a) não existir, na legislação interna do estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados;

b) não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e

c) houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos."

caso a constrição de liberdade já tenha se esgotado, mandar proceder às reparações necessárias. Neste caso, terá o Estado brasileiro ação de regresso contra o prolator da decisão que ordenou o cerceamento da liberdade do infiel depositário ou do devedor-fiduciante, causadora do prejuízo ao Erário.

Infelizmente, a cultura de recorrer a órgãos internacionais ainda não faz parte do cotidiano dos juristas brasileiros. Geralmente deles se lembra apenas quando se está diante de casos de grandiosa repercussão. É necessário que se crie a consciência no meio jurídico de que a Comissão está aberta a toda e qualquer tipo de ofensa aos direitos humanos, como a que se concretiza quando se nega ao depositário infiel seu direito de liberdade porque deixou de cumprir seu dever.

6 CONCLUSÃO

A “Constituição Cidadã” - como foi apelidada a Constituição brasileira de 1988, mormente por ter disciplinado os direitos fundamentais da maneira mais adequada que se teve até seu advento – trouxe aos brasileiros, individual e coletivamente considerados, uma gama de direitos e garantias e os protegeu de qualquer interferência que pudesse suprimi-los ou reduzi-los. Não tendo se contentado com sua proeza, previu um mecanismo de complementá-los. Elegeu a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e determinou que esta mesma República reger-se-ia, nas suas relações internacionais, pelo princípio da prevalência dos direitos humanos.

Esta mesma Constituição, seguindo o exemplo das que a antecederam, estabeleceu que nenhuma pessoa poderá vir a ser presa civilmente porque não cumpriu dever jurídico que lhe cabia. E elegeu essa hipótese como garantia individual, perante o poderio estatal. Porém, não o fez de forma absoluta: manifestou-se que aquiesceria com a instituição, pelo legislador ordinário, da prisão civil daquele que deixa de adimplir sem razão obrigação alimentícia e daquele que, tendo se comprometido a devolver um bem conferido a sua guarda, se nega a restituí-lo.

Tendo a ela sobrevivendo dois tratados internacionais instituidores de novos direitos e novas garantias – Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e Pacto de San José da Costa Rica – por conta do mecanismo de complementação do rol dos direitos e garantias constitucionalmente protegidos a garantia da vedação da prisão civil se ampliou. O depositário infiel, cuja liberdade poderia ser ameaçada diante do descumprimento do dever de restituir o bem quando reclamado, adquiriu o direito de não ser mais arrestado civilmente por esta razão. Garantiu-se a vedação da prisão civil do depositário infiel, que resta alçada à condição de cláusula pétrea.

Essa é a grande interpretação que merece o tema da prisão civil do depositário infiel. É simples, assegura a dignidade da pessoa humana, garante a prevalência dos direitos humanos, preserva a liberdade individual contra ingerências

iníquas, e, sobretudo, é harmônica com o direito internacional - grande realidade que merece respeito.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, H. **Manual de Direito Internacional Público**. 12^a ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

ALVES, A. A. da C. de P. Alienação fiduciária. Prisão civil do devedor. Admissibilidade. **Revista de Direito Privado**. Ano 1, p. 172-179, jan.mar./2000.

AMARAL, F. **Direito civil: introdução**. 3^a ed. rev.at. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ARGUELHO, S. S. A Incorporação dos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos ao Direito Brasileiro: A questão da prisão do depositário infiel. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 9, n. 34, p. 106-128, abr.jun./2001.

ARENHART, S. C. **A Tutela Inibitória da Vida Privada**. São Paulo: RT, 2000.

_____. **Perfis da Tutela Inibitória Coletiva**. São Paulo: RT, 2003.

AZEVEDO, A. V. **Prisão civil por dívida**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2000.

BARRETO, V. Dos direitos individuais e coletivos. **Constituição de 1988: o avanço do retrocesso**. Rio de Janeiro: Rio Fundo, 1990, pp. 50-51.

BASTOS, C. R. e MARTINS, I. G. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1988-1989.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso provido. RE n. 80004/SE. Belmiro da Silveira Goes e Sebastião Leão Trindade. Relator: Ministro Xavier de Albuquerque. 01 jun. 1977. **DJ** 29 dez. 1977, p. 9433.

_____. Ordem indeferida. HC n. 73044-SP. Paulo Sandoval Moreira e Ednésio Geraldo de Paula Silva. Rel.: Ministro Maurício Corrêa. 19 mar. 1996. **DJ** 20 set. 1996, p. 13.

_____. Recurso desprovido. RHC n. 79785/RJ. Jorgina Maria de Freitas Fernandes e Ministério Público Federal. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. 29 mar. 2000. **DJ** 22 nov. 2002, p. 57.

_____. Ordem concedida. HC n. 74383-MG. Wanderley de Medeiros e Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Relator: Néri da Silveira. 22 out. 1996. **DJ** 27 jun. 1997, p. 30227.

_____. Ação procedente em parte. ADIn n. 939/DF. Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio e Presidente da República/Congresso Nacional. Relator: Ministro Sydney Sanches. 15 dez. 1993. **DJ** 18 mar. 1994, p. 5165.

_____. Negado provimento ao recurso. RHC n. 59643-SP. Antonio Scarchofoli e I Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo. Relator: Min. Firmino Paz. 02 mar. 1982. **DJ** 02 abr. 1982, p. 2884

_____. Recurso deferido em parte. HC n. 70101-PR. Francisco Lopes e Tribunal de Alçada do Estado do Paraná. Relator: Ministro Néri da Silveira. 25 mai. 1993. **DJ** 13 ago. 1993, p. 15677

_____. Recurso provido. RE n. 253071/GO. Ministério Público Estadual. José Carlos Oliveira Nunes. Relator: Min. Moreira Alves. 29 mai. 2001. **DJ** 29 jun. 2001, p. 61.

_____. Recurso provido. HC n. 2320. Banco Bradesco SA e Capotas Trevo Ind. Com. Ltda. 25 jun. 1991. **DJ** 02 set. 1991, p. 11814

_____. Recurso ordinário provido. RHC n. 76741/MG. José Francisco Ferreira Ribeiro e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Moreira Alves. 24 abr. 1998. **DJ** 22 mai. 1998, p. 32.

_____. Ordem deferida. HC n. 12547-DF. William David Ferreira e Desembargador relator do habeas corpus 20000020010410 do Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. 01 jun. 2000. **DJ** 12 fev. 2001, p. 115.

_____. Ordem indeferida. HC n. 71038-MG. Jorge Moises Junior e outro e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Celso de Mello. 15 mar. 1994. **DJ** 13 mai. 1994, p. 11339.

_____. Medida cautelar parcialmente deferida. MC na ADIn n. 1480/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. 04 set. 1997. **DJ** 18 mai. 2001, p. 429.

BRETAS, J. B. Prisão especial e prisão civil. **Estudos de Direitos Contemporâneo e Cidadania**. [S.l.]: Editora de Direito, 2000. p. 175-207.

CARVALHO, M. P. de. Ainda a Prisão Civil em caso de Alienação Fiduciária: da desconsideração do depósito. **Revista dos Tribunais**. Ano 90, v. 787, p. 13, mai/2001.

CASTRO, A. de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 1974.

CINTRA JUNIOR, D. A. A prisão civil do depositário infiel em face da Constituição Federal e dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos. **Revista dos Tribunais**, v. 89, p. 135-139, setembro de 2000.

CLÉVE, C. M. Contribuições Previdenciárias. Não-recolhimento. Art. 95, d, da Lei 8.212/91. Inconstitucionalidade. **Revista dos Tribunais**. Ano 86, v. 736, p. 503-532, fev./1997.

DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 1º vol., 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

FAVA, I. J. Depositário infiel. Prisão civil. **Revista de Direito Privado**. Ano 1, p. 167-171, jan.mar./2000.

FERNANDES, E. M. C. A Prisão Civil no Leasing de acordo com o Novo Código Civil, Lei n. 10.406/2002. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 50, n. 302, p. 31-47, dez./2002.

FERREIRA FILHO, M. G. Alienação fiduciária – depósito infiel – prisão civil - constitucionalidade. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 42, n. 200, p. 52-60, jun./1994.

GOMES, L. F. A questão da obrigatoriedade dos tratados e convenções no Brasil: particular enfoque da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. **Revista dos Tribunais**. Ano 83, vol. 710, p.21-31, dez./1994.

GOMES, O. **Obrigações**. 15a.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

Lex Coletânea de Legislação e Jurisprudência. São Paulo: LEX, ano 4, n. 30, fev. 1992.

MARINONI, L. G. **Tutela inibitória: individual e coletiva**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003.

MAZZUOLI, V. de O. **Prisão Civil por Dívida e o Pacto de San José da Costa Rica**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MEDINA, J. M. G. Notas sobre a Constitucionalidade da Prisão Civil do Depositário Infiel, à Luz da Redação do art. 652 do Novo CC (Lei 10.406/2002). **Revista dos Tribunais**, v. 810, p.11-14, abril/2003.

MELLO, C. A. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. **Curso de direito internacional público**. 12ª ed.rev.e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MIRANDA, P. de. **Comentários à Constituição de 1967 Com a Emenda n. 1, de 1969**. 2a. ed., Tomo V, Ed. Revista dos Tribunais.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**, tomo XII: arts. 769-889. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

MORAES, A. de. **Direito Constitucional**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 3º ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

_____. A incorporação, a hierarquia e os impacto dos tratados internacionais de proteção dos Direitos Humanos no Direito brasileiro. **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito brasileiro**. São Paulo: RT, 2000. p. 153-179

RABELLO, J. G. de J. Prisão civil de depositário da Fazenda Pública. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**. V. 2, n.1, p. 115-130, jan./jun./2001.

RESTIFFE NETO, P. e RESTIFFE, P. S. Prisão civil do depositário infiel em face da derrogação do art. 1287 do Código Civil pelo Pacto de San José da Costa Rica. **Revista dos Tribunais**, ano 87, v. 756, p. 42-43, out. 1998

SILVA, O. A. B. da. **Do Processo Cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

STEINER, S. H. de F. **A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro**. São Paulo: RT, 2000.

STRECK, L. L. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

TALAMINI, E. Prisão civil e penal e "execução indireta". **Revista de Processo**, [s./l.], ano 23, n. 92, p. 37-51, out./dez. 1998.

_____. Ainda sobre a Prisão como "Execução Indireta": a Criminalização da Desobediência a Ordens Judiciais. **Processo de Execução**. São Paulo: RT, 2001. p. 277-313.

TRINDADE, A. A. C. **Instrumentos Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos**. Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado. São Paulo, 1996.

_____. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991.

VENOSA, S. de S. **Manual de contratos e obrigações unilaterais da vontade**. São Paulo: Atlas, 1997.

WAMBIER, L. R. Inconstitucionalidade da prisão civil prevista no art. 885 do Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 15, n. 59, p. 284-287, jul.set./1990.

WEISS, C. **Direitos humanos contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 34-35.